

La investigación penal en las sociedades posindustriales

Una tensión entre el efectivismo y el garantismo penal en el sistema
de enjuiciamiento criminal colombiano

Carlos Andrés Bernal Castro

PENAL **10**



Carlos Andrés Bernal Castro

Abogado de la Universidad Santo Tomás, especialista en Derecho Penal de la Universidad Santo Tomás y en Derecho Constitucional de la Universidad Nacional de Colombia. Magíster en Derecho Penal de la Universidad Santo Tomás en convenio con la Universidad de Salamanca, graduado con mención especial por trabajo de grado meritorio y miembro de la red de formadores. Coordinador de las Oficinas Especiales de Apoyo de la Defensoría del Pueblo. Profesor en posgrados en las maestrías y especializaciones de la Universidad Católica de Colombia, Santo Tomás y Militar Nueva Granada. Profesor de la Escuela de Armas y Servicios del Ejército Nacional. Profesor investigador del Centro de investigaciones Sociojurídicas de la Universidad Católica de Colombia —CISJUC—. Se desempeñó como coordinador de la Especialización en Procedimiento Penal, Constitucional y Justicia Penal Militar y de la Maestría en Procedimiento Penal de la Universidad Militar Nueva Granada. Autor de varios libros jurídicos.

Carlos Andrés Bernal Castro

La investigación penal en las sociedades posindustriales

Una tensión entre el efectivismo y el garantismo
penal en el sistema de enjuiciamiento
criminal colombiano



UNIVERSIDAD CATÓLICA
de Colombia

Bernal Castro, Carlos Andrés

La investigación penal en las sociedades posindustriales : una tensión entre el
efectivismo y el garantismo penal en el sistema de enjuiciamiento criminal colombiano /
Carlos Andrés Bernal Castro. .—

Bogotá : Universidad Católica de Colombia, 2015

100 p. : 17 x 24 cm .—(Colección Jus Penall)

ISBN: 978-958-8934-06-8 (impreso)

ISBN: 978-958-8934-05-1 (digital)

I.Título II. Serie. 1. Derecho Penal- Investigaciones 2. Derecho penal-Colombia

Dewey 345.

Proceso de arbitraje

1er concepto

Evaluación: 28 de julio de 2015

2do concepto

Evaluación: 15 de julio de 2015

© Universidad Católica de Colombia

© Carlos Andrés Bernal Castro

Primera edición, Bogotá, D. C.

Octubre de 2015

Dirección Editorial

Stella Valbuena García

Coordinación Editorial

María Paula Godoy Casasbuenas

Corrección de estilo

Gabriela de la Parra M.

Diseño de colección

Juanita Isaza

Diagramación

Andrés Mauricio Enciso Betancourt

Publicación digital

Hipertexto Ltda.

www.hipertexto.com.co

Bogotá, D. C., Colombia

Impresión

Xpress Estudio Gráfico y Digital S.A.

Bogotá, D. C., Colombia

Facultad de Derecho

Carrera 13 N° 47-49

Bogotá, D. C.

derecho@ucatolica.edu.co

Editorial

Universidad Católica de Colombia

Av. Caracas 46-72 piso 5

Bogotá, D. C.

editorial@ucatolica.edu.co

www.ucatolica.edu.co

Todos los derechos reservados. Esta publicación no puede ser reproducida ni total ni parcialmente o transmitida por un sistema de recuperación de información, en ninguna forma ni por ningún medio, sin el permiso previo del editor.

Hecho el depósito legal

© Derechos reservados

*Dedico este escrito al Espíritu Santo,
luz y fuego de mi fe inquebrantable.*

*A la memoria de mi padre, Carlos Hernán.
Lo perdí hace veintidós años, pero nunca dejo de pensar en lo que
significó para mí: me enseñó a amar intensamente la vida.
No pude devolver su cariño; solo mis oraciones
quedan como muestra de mi eterno afecto y reconocimiento.*

CONTENIDO

Prólogo	7
Introducción	9
Capítulo I. Las sociedades posindustriales y su criminalidad. Política criminal en la sociedad posindustrial	13
El contexto de las sociedades del siglo XXI	13
El Derecho Penal de las sociedades del riesgo	18
Criminalidad organizada	25
Reacción del Estado frente a las organizaciones criminales	30
Conclusiones	31
Capítulo II. Priorización de casos: una nueva forma de investigación penal	33
Justicia transicional y criterio de priorización	36
Criterios de priorización	41
Desarrollo institucional de la priorización de casos	45
Priorización de casos y justicia ordinaria	45
Priorización de casos y justicia transicional	47
Priorización y Derecho Internacional	51
Fundamentos constitucionales de técnicas de priorización sostenidas por la Fiscalía	
General de la Nación y su revisión constitucional frente al marco para la paz ...	54
El principio de priorización desde la representación judicial de las víctimas	58
Conclusiones	61

Capítulo III. Investigación de contexto	63
Priorización y contexto	63
Antecedentes de la denominación de contexto	66
Conceptualización de contexto como elemento de crímenes de sistema, método de investigación, medio de prueba, prueba y como indicio	68
Elementos de crímenes de sistema	68
Contexto como método de investigación	72
Contexto como medio de prueba y prueba	78
Contexto en el Derecho Internacional de los derechos humanos	81
Contexto y la teoría del delito	83
Autoría mediata en aparatos organizados de poder	84
El contexto y la empresa criminal conjunta	88
Conclusiones	90
Bibliografía	93

PRÓLOGO

El complejo mundo en el que vivimos nos lleva a preguntarnos: ¿la humanidad vivirá o se extinguirá poco a poco? A veces, respirar se torna difícil, cuando observamos violaciones masivas de derechos humanos. Basta mirar las crisis humanitarias del mundo o las de emigrantes sirios hacia Europa que huyen de la guerra que azota su Nación, la crítica situación de miles de niños y mujeres que sufren explotación sexual o a quienes sirven de transporte para toneladas de drogas, armas y demás objetos para el desarrollo de los mercados ilegales. El sentimiento de desesperanza o escepticismo hacia la institucionalidad invade a miles de personas que no ven eficacia en la lucha contra la criminalidad.

Es notorio que los sistemas de Estado y de Gobierno sufren una crisis de gobernabilidad y, más que ello, una crisis de legitimidad, lo que conlleva a cuestionarse si vale la pena votar y elegir personas que nos representen en los escenarios decisorios.

Esa desconfianza genera un sentimiento de inseguridad ciudadana que provoca una reacción fuerte desde el Derecho Penal en contra de la criminalidad organizada transnacional, las bandas criminales de las ciudades, las organizaciones terroristas o las estatales que perpetran crímenes de sistema, las organizaciones de cuello blanco dedicadas a los delitos contra la Administración Pública y delincuentes que cometen crímenes de discriminación; se propone, entonces, una lucha que se ve reflejada en el relajamiento de las garantías procesales, el aumento

de penas o la implementación de nuevos delitos que protejan a los sistemas sociales y a las personas.

Esa reacción oficial se torna desproporcionada, pues, aunque busca ser eficiente, deja de lado el respeto por las garantías judiciales creadas como barreras legales para evitar los abusos de poder estatal a la hora de juzgar a ciudadanos y que fueron reconocidas constitucionalmente desde la Modernidad. Esto causa un detrimento de los derechos de los procesados en favor de las colectividades, porque ese desbordado ánimo legislativo ha propiciado un punitivismo que destima el pensamiento garantista y protector de los derechos de los procesados.

Aunque los Estados no deben desatender los reclamos sociales en favor de la lucha contra la criminalidad, es importante no perder de vista el equilibrio entre eficientismo y garantismo, ya que estos términos hacen posible que la justicia adelante su labor sin caer en profundas inequidades que provoquen un sentimiento de insatisfacción mayor.

Este trabajo aborda un instrumento para combatir la criminalidad denominado: investigación de análisis y contexto, con especial cuidado en el estudio de los términos priorización y contexto, con el fin de comprenderlos y darles un significado frente al Derecho Penal. Forma parte de las investigaciones del grupo “Conflicto y criminalidad”, en desarrollo de la línea de investigación Fundamentos y transformaciones del poder punitivo, de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia.

Agradezco a mi profesor Manuel Fernando Moya Vargas por su colaboración en este ejercicio académico, en especial por su amistad siempre sincera y prudente y al profesor Esiquio Manuel Sánchez Herrera, una persona original que siempre enseña con su actitud y aptitud.

El Autor

INTRODUCCIÓN

El Derecho Penal se ha transformado en la Posmodernidad, pues la sociedad pretende dar soluciones eficaces a la criminalidad y dejar de lado el respeto por las garantías judiciales, ganadas con gran esfuerzo en la Modernidad, tras la victoria de las revoluciones liberales por las que se instituyeron el debido proceso, la igualdad de partes y el Derecho a un juicio público, imparcial, adversarial y contradictorio, concentrado y con doble instancia, entre otros.

El concepto tradicional de sociedad ha cambiado y, con ella, el Derecho Penal. En la actualidad, se habla de sociedades del riesgo, complejas, vigiladas, líquidas, de la información o globalizadas, en las que la educación, la tecnología y la informática transforman todas las relaciones, mediante un cambio sistemático del concepto de persona y su relación social; el Derecho Penal se adapta a estas reformas, al anticiparse a la lesión de bienes jurídicos y poner barreras de protección a los sistemas sociales y a las personas. Ese panorama implica que el Derecho Penal se debata entre garantismo y eficientismo, lo que origina la necesidad de establecer una verdadera política criminal conducente a encontrar una respuesta justa entre el acto considerado como delito, la imposición de la pena y su ejecución por parte del Estado.

Sin embargo, así como evolucionan la sociedad y el Derecho Penal, la criminalidad también innova su actividad; ya no puede estudiarse como un acto que quebranta una norma, sino como uno que, unido a otros, configura un significado que desafía la institucionalidad y la deslegitima. Se pasa de un Derecho Penal que

investiga caso por caso a indagar conjuntos de hechos relacionados por patrones de comportamientos similares que llevan a su caracterización como organización criminal.

Lo interesante del estudio de estas organizaciones radica en el análisis de su comportamiento criminal, que debe ser contextualizado para poder comprender su labor. Tienen operaciones contables y un aparato financiero que maniobra en diversos sectores económicos y producen lo que se conoce como blanqueo de capitales o lavado de activos. Además, intervienen en la política, al colaborar con la financiación de campañas que sirven de plataforma para encubrir su actividad y garantizar impunidad. Los tentáculos de su poder alcanzan al espectáculo, al deporte, al empresariado y a los mercados inmobiliario, bursátil y bancario, entre otros.

En otro punto se encuentran las organizaciones terroristas, una mezcla de organización criminal con un proyecto ideológico que pretende tomar el poder, por medio de actos de violencia desbordada. Estos grupos son clasificados por Estados Unidos y la Unión Europea según el territorio en donde operan, sus métodos, el tipo de armas utilizadas y los signos y símbolos empleados en sus comportamientos, con el fin de identificar a sus cabecillas, vincularlos con otras agrupaciones de acción global y establecer parámetros operacionales y de financiación, de modo que puedan perseguirlos y judicializarlos.

Para enfrentar a la criminalidad organizada, se han elaborado instrumentos internacionales que pretenden unir las normatividades internacionales a los sistemas jurídicos internos. Sobresalen la Convención de Palermo (2000) y sus protocolos complementarios, que hacen alusión a trata de personas, tráfico de emigrantes y al tráfico y fabricación de armas, piezas y municiones de fuego, así como al lavado de activos; el Convenio sobre las infracciones y ciertos otros actos cometidos a bordo de aeronaves (1963); el Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves (1970); el Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil (1971); la Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos (1973); la Convención internacional contra la toma de rehenes (1979); el Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima (1988); el Convenio internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas (1997); el

Convenio internacional para la represión de la financiación del terrorismo (1999); el Convenio internacional para la represión de los actos de terrorismo nuclear (2005); los cuatro Convenios de Ginebra que regula el DIH; la Convención europea sobre la represión del terrorismo (1977) y la Convención interamericana contra el terrorismo (2002).

Otras organizaciones que perturban a la sociedad son aquellas que se dedican a realizar actos de corrupción en la Administración Pública, cuyo objetivo está determinado en defraudar el patrimonio del Estado que, al mismo tiempo, es el de los contribuyentes.

Los Estados han elaborado normatividades para enfrentarlas, pero además han implementado métodos de investigación que permiten señalar patrones de macrocriminalidad, máximos cabecillas (determinadores) y ejecutores, mediante infiltraciones en organizaciones criminales, actuaciones de agentes encubiertos, entregas vigiladas y vigilancia de cosas.

En igual sentido, viene desarrollándose un nuevo modelo de investigación, denominado investigación de análisis y contexto, que tiene como finalidad enfrentar a las organizaciones criminales transnacionales, criminales ordinarias, terroristas o dedicadas a actos de corrupción.

En los últimos años, la Fiscalía General de la Nación ha invertido recursos y capital humano para implementar este esquema, que abandona el paradigma tradicional de la indagación y la convierte en una actividad que toma la interdisciplinariedad y la informática como fuente de su labor. Entiende al delito y a sus consecuencias como un problema social y no solo jurídico, para lo cual abandona el estudio del delito caso a caso y parte de un contexto que dé significado e identificación de los comportamientos de las organizaciones dedicadas al crimen.

LAS SOCIEDADES POSINDUSTRIALES Y SU CRIMINALIDAD. POLÍTICA CRIMINAL EN LA SOCIEDAD POSINDUSTRIAL

El contexto de las sociedades del siglo XXI

El concepto de sociedad posindustrial aparece como una expresión que pretende denominar un nuevo modo en que la sociedad comprende sus relaciones estructurales, ya sea como sistema o como forma en la que las personas conviven e interactúan en un mundo global (Beck, 2006).

La sociedad posindustrial se genera como consecuencia de la transición de la sociedad industrializada —basada en el proceso de revolución industrial y el sector secundario (industria)— a una sociedad cuyos cimientos económicos, políticos y culturales se fundamentan en aspectos como el conocimiento, la tecnología, la información y los servicios relacionados con los sectores terciarios, cuaternarios y quínicos de la economía¹ (Cárdenas Zorro, 2015).

Castells (1999, citado en Castro Cuenca, 2009) afirma que las sociedades posindustriales tienen su sustento en la educación, la ciencia y la investigación,

1 “Los cambios que producen las diferentes revoluciones tecnológicas son más notorios con el pasado de una Sociedad Industrial, basada en el sector secundario (industrial) a una Sociedad Posindustrial, que descansa en los sectores terciario (servicios), cuaternario (incluye servicios altamente intelectualizados como la innovación y las TIC) y quinario (incluye servicios sin ánimo de lucro como la salud, investigación, educación, industria del ocio y políticas públicas)” (Cárdenas Zorro, 2015, p. 68).

mientras su relación con los medios de producción pasa a un segundo plano. Además, la sociedad del siglo XXI busca permanentemente nuevas tecnologías que generen un aumento de su productividad, lo que posibilita que muchas personas trabajen en el sector de los servicios.

La globalización nos lleva a entenderla no solo desde un plano físico, sino también desde un ambiente económico, político y social con implicaciones directas en diversas zonas geográficas, a partir de decisiones tomadas a kilómetros de distancia por organismos internacionales que desarrollan políticas públicas que, con el paso del tiempo, se vuelven legislaciones internas, generadoras de tensión entre la soberanía nacional y el Derecho Internacional (Orozco y Gómez, 1997).

Su denominación es fruto de la observación de fenómenos que han aparecido de diversas maneras y han creado una serie de reacciones sociales en cadena para hacer del mundo una “aldea global”. Las telecomunicaciones, la tecnología de punta y la comunicación satelital —en especial la informática y los sistemas de transporte— hacen que las civilizaciones converjan y se relacionen, compartan culturas, idiomas, modas, religiones, expresiones artísticas, valores y cosmovisiones que llevan a describir comportamientos que generan tolerancia o desagrado (Castells, 1999; Vengoa, 2002; Kymlicka, 1996; Bernal Castro, 2013).

El mundo de hoy es una combinación de racionalidad e irracionalidad, como lo afirmara Heidegger (1956), en la que los hombres están redefiniendo su existencia o, más bien, se encuentran en un replanteamiento de sus derechos y deberes; esto los llevará a construir un mundo mejor o a caer en la profunda desilusión de su creación. Así lo explica Kaufman (1998):

La postmodernidad, como aquí salta a la vista, no quiere ciertamente lo irracional, lo simplemente arracional. Pero ella es, sin embargo, también una forma del irracionalismo. Y ese regreso de lo irracional era fácilmente previsible. El monstruoso ascenso de la realidad formal hasta un sistema de racionalidad puramente funcional debió, al llegar a su punto de culminación, caer en su contrario. Es un signo de la modernidad ir de un extremo a otro. Otros signo es que todo debe ser “diferenciado”, así la verdad (Max Weber) como el derecho (Niklas Luhmann). Y en sus extremos se rozan con estas corrientes. Ya Martín Heidegger había llamado la atención sobre que “el racionalismo e irracionalismo por igual se han enredado en un intercambio en el que no solo no se distinguen entre ellos sino del no quieren salir más” y ha caracterizado a este como un procedimiento muy arriesgado (Kaufman, 1998, p. 9).

Las sociedades líquidas son explicadas por Bauman (Surio, 2008), quien las concreta en una sociedad volátil, fluida y sin valores sólidos, en la que los vínculos humanos van desapareciendo, donde prevalece el interés por el bienestar económico y el desinterés por las ideologías políticas y las ideologías tradicionales.

Asimismo, este tipo de sociedades posmodernas se caracteriza según Bauman, por ser individualista, privatizado en el desarrollo de las relaciones humanas, relativista, consumista, artificial, y rodeado de incertidumbre y volatilidad; en ella frases como costo-beneficio se aplican no solo a las relaciones económicas, sino a las relaciones personales y sociales. Corresponde al ser humano ser flexible y abandonar los compromisos, pues la sociedad es fría y pragmática, en la que las personas se preocupan en exceso por la seguridad, impera el miedo por situaciones como ataques terroristas, enfermedades, plagas y desempleo, prevalecen el ocaso de los valores humanos y la insatisfacción (Vásquez, 2008; Barrero, 2011).

El consumo de drogas, el aborto, la inseminación artificial, los experimentos genéticos y el transgenerismo, por ejemplo, marcan la lucha por la individualidad, en una abierta aceptación del libre desarrollo de la personalidad, el cual está presente desde finales del siglo XX hasta ahora, fundado en el reconocimiento de su vida y la satisfacción de sus derechos en aquellos espacios en los que el Estado no pueda intervenir.

De tal forma, el ser humano se debate entre la lucha por su dimensión como individuo y su espacio como ser social; en otras palabras, la sociedad le impone cargas efectivas y este, quiere alejarse de las imposiciones sociales, de modo que ha abandonado el plano moral para entenderlo desde la subjetividad, lo que provoca una forma de existencia individualista en la que la sociedad y el Derecho no pueden entrar; se disfraza en la ética para no ser juzgado en su interior y se propone satisfacer sus intereses más banales, con la finalidad de que un juez metafísico no pueda juzgarlo.

En igual sentido, la sociedad constituye estructuras colectivas que pretenden hacer del individuo un ser autosuficiente y, al mismo tiempo, dependiente de sus códigos o símbolos. Su denominación se concreta en la palabra orden, pues solo en este se obtiene el compromiso por la fidelidad a los sistemas sociales que marcan la responsabilidad de una construcción social basada en normas que tienen su sustento en su estabilización (Luhmann, 2010).

Los sistemas políticos, financieros, educativos y de salud, entre otros, son la muestra viviente de la manera como la sociedad se convierte día a día en un modelo estructural en el que convergen problemas y barreras culturales y hacen de esta una pirámide de cartas o un edificio de fuertes columnas que centra su compatibilidad en los sistemas esenciales de su desarrollo.

Su articulación se manifiesta por medio de las telecomunicaciones y los sistemas informáticos, cuyo funcionamiento coordinado produce efectos directos en los grupos sociales hacia los que va dirigida su ejecución y colaterales en las demás regiones del mundo. Prueba de ello es la caída económica de Grecia y sus implicaciones en la Comunidad Económica Europea, así como la Gran Depresión de la década del treinta o la caída libre de la economía mundial de 2009 (Stiglitz, 2010; Marichal, 2010).

Es importante hacer notar que los seres humanos no pertenecemos a nosotros, sino a nuestro entorno, pues nos determina al promover acciones y procedimientos adecuados para conseguir nuestros propósitos; así las cosas, el concepto de sociedad se enmarca bajo la expresión “orden social”, delimitada por la legalidad, fundamento que permite estabilizar a los sistemas que conforman la sociedad: político, jurídico, económico, etc.

Deleuze (1990) plantea un cambio de paradigma que se presentó en la sociedad con la Segunda Guerra Mundial, según el cual la sociedad, del siglo XVII hasta la mitad del siglo XX, desarrollaba su formación sobre el concepto de disciplina, generada a partir de espacios cerrados en donde el individuo convivía (la familia, el colegio, Ejército, fábrica, cárcel), y pasa a espacios abiertos, en donde se encuentra motivado por otros criterios que lo vuelven más controlado que disciplinado. En este sentido, se halla involucrado con nuevos entornos, en los que no es moldeado, sino modulable, debido a su constante cambio.

Esa comprensión de la sociedad como sistema entabla una sensación de control sobre la forma en la que la sociedad se comporta o, en otras palabras, de control sobre las personas. Los ambientes virtuales facilitan conocer de primera mano todas las cosas que suceden en el mundo, de modo que reclama seguridad, con la finalidad de no someterse a lo que ofrece la información. Las sociedades actuales sienten miedo de ser aniquiladas, vulneradas en su integridad personal y familiar, de perder su propiedad, de adquirir enfermedades o de morir (Silva Sánchez, 2011).

La sociedad de nuestros tiempos es una “sociedad vigilada”, caracterizada porque las personas, en sus actividades de cualquier índole, son observadas sin que exista una protección a su intimidad. Existe una permanente tensión entre la seguridad y la libertad, a causa del miedo que, entre otras cosas, es lógico: basta con observar los atentados del 11 de septiembre de 2001 en Nueva York para entender que en cualquier momento un avión puede explotar sobre un edificio y matar a miles de personas o que una bolsa insignificante con un elemento biológico (ántrax) desencadene una epidemia que provoque la muerte de millares de personas (Vigilancia global, s. f.).

En últimas, la sociedad actual es una sociedad del riesgo, Ulrich Beck (2006) las denomina así para sintetizar el paso de la sociedad industrial a la posindustrial y afirma que la sociedad genera una serie de riesgos que afectan su entorno (ecología, ambiente, economía, laboral, familiar y político) y modifica las formas tradicionales desarrolladas en la primera parte del siglo XX, lo que, a la postre, transforma las formas de constitución familiar y las relaciones sociales y posibilita que sus estructuras muten hacia nuevas formas de comprensión de la realidad del ser y de su mundo.

El ser humano se ampara en espacios de libertad para propiciar nuevos conceptos de familia, de relaciones interpersonales o de su entorno laboral que lo hagan tomar riesgos en búsqueda de su desarrollo personal. Por otra parte, la sociedad del riesgo se apoya en la inseguridad del ciudadano para que conviva con los miedos, producto del nuevo escenario que ha construido.

Las sociedades del riesgo también son tecnología de punta, cuya finalidad es lograr un desarrollo mayor mediante el uso de elementos o instrumentos que pueden causar daño, si son manejados de modo inadecuado o si se ejecutan actividades peligrosas; es en este punto en donde surge el concepto de riesgo permitido que, con el paso del tiempo, va a controlar las actividades de la vida humana artificial y no artificial (la medicina, la ingeniería, la arquitectura, la producción industrial, el transporte, etc.). El individuo los asume, pues comprende que puede desenvolverse con un deber objetivo de cuidado.

Castro Cuenca (2009) afirma que, para comprender bien la cuestión, debemos tener claros los aspectos determinantes en la sociedad del riesgo, a saber: “1. El cambio de capacidad de los peligros actuales en relación con las de otros tiempos.

2. La rebuscada estructura de las relaciones de responsabilidad. 3. Finalmente, la impresión de inseguridad subjetiva que existe en la sociedad” (pp. 25-26).

El Derecho Penal de las sociedades del riesgo

Silva Sánchez (2013) manifiesta que el Derecho Penal se apropia del concepto de sociedades del riesgo para solventar su expansión, pues comprende que en el miedo a la inseguridad la sociedad se ampara en él, para modular todas las situaciones que pueden afectarla y hacer del mundo de hoy una aldea global de víctimas.

Desde su visión, el problema del Derecho Penal radica en que la sociedad reclama un Derecho Penal de seguridad, lo que se antepone a la tradicional manera de protección de bienes jurídicos concretos y pasa a establecer relaciones de peligro, que se solucionan por medio de la protección de los bienes jurídicos abstractos, al legitimar los delitos de peligro abstracto y concreto en sus diversas modalidades; ello permite dimensionar la consecuencia natural de establecer un Derecho Penal de la anticipación. Sánchez Herrera (2013) entiende que tal postura obedece al miedo colectivo provocado por la pérdida de las estructuras sociales.

Por otra parte, el Derecho Penal actual aumenta las barreras de su protección y crea nuevos tipos penales autónomos que refuerzan su sensación de seguridad. Sánchez Herrera (2013) por ejemplo, propone la creación de un delito autónomo que se denomine “crimen organizado”, cosa que parece más encaminada a entender una forma de reforzamiento de tipos ya existentes en nuestra legislación como el de “concierto para delinquir agravado”.

Aunque los reclamos sociales son válidos, el problema no se soluciona con la creación de nuevos tipos penales; por esto, el Derecho Penal ha reformulado su dogmática para facilitar tal sentido de seguridad. Con este fin, elabora nuevas modalidades de comportamientos omisivos extendidos a los delitos dolosos como a los culposos y novedosas formas de comprensión de la autoría, facilita su aplicación y desmejora las formas de participación, valida teorías como la empresa criminal conjunta o extiende la figura del autor mediato en aparatos organizados de poder para delitos diferentes a los que fueron planteados en principio como los delitos de sistema.

Poco a poco va imponiendo penas más altas frente a delitos existentes o refuerza sus agravantes para eliminar su modalidad de conductas simples, al tiempo que crea conductas como el “feminicidio”, que tiene su naturaleza en el trato discriminatorio.

El Derecho Penal de la seguridad responde a los medios de comunicación que, con la exageración de sus informaciones, provocan inseguridad al colectivo e inducen a la ciudadanía a creer en la ineficacia del sistema penal frente a la criminalidad organizada, la cual no se puede ocultar, pero trae la consecuencia de hallar culpables en todas las actividades de vida en donde existan riesgos; por ello, hoy en día casi no se afirma la existencia del “caso fortuito” como factor que genere ausencia de conducta, debido a que hay que encontrar responsables (Silva, 2011; Bernal Castro, 2015).

Ahora bien, es preciso recordar el argumento en el que señalaba que el ser humano estaba batallando entre su individualidad y su responsabilidad como ser social, para significar que el Derecho Penal pretende proteger tanto al individuo como a la sociedad. Por tal razón, implanta delitos en contra de la discriminación hasta delitos que protegen valores fundamentales que sostienen sus estructuras colectivas; es un Derecho protector que abandona la tesis tradicional de ser un Derecho Penal mínimo y de *ultima ratio* a uno anticipatorio.

Este escenario evidencia la tesis que sostuve cuando afirmé que el Derecho Penal no era estático y se transformaba, en atención a las necesidades planteadas por los sistemas sociales. Pues bien, el Derecho Penal actual tiende a eliminar las garantías penales propias de la Modernidad y de la edad Contemporánea de la primera mitad del siglo XX y propone una lucha abierta contra la delincuencia, en especial la organizada, sin tomar en cuenta los riesgos que ello comporta y, al mismo tiempo, transformar su poder en lo que Zaffaroni (2006) llamaría “populismo punitivo”, pero el legislador denomina “eficientismo”, tal vez centrados en un modelo de Estado neoliberal más que en uno Social de Derecho (Zaffaroni, 2006; Bernal Castro, 2013).

En materia procesal, el Derecho Penal abandona el garantismo defendido por Ferrajoli (2005), que comprendía a las garantías en materia penal como el escenario idóneo en donde se respetan las garantías del proceso penal, de tal forma que, con su reconocimiento, el Estado respondía a su carácter liberal y democrático, opuesto al totalitarismo propio de los sistemas de gobierno autoritarios

y represores. El relajamiento de las garantías del proceso penal es un nuevo concepto que permite comprender que el Derecho Penal cede la protección a los procesados por encontrar resultados que llenen la satisfacción de seguridad ciudadana, como si ella nunca fuera a estar sentada en el banquillo de los acusados. Albarracín (2012) habla de neopunitivismo, para referirse a esta situación.

Otro síntoma que se desprende de la enfermedad “inseguridad ciudadana” está concretado en los altos índices de hacinamiento carcelario. Nuestro Estado ha olvidado distinguir el fin de las medidas de aseguramiento con las penas de prisión y confunde los propósitos de la primera con los de la segunda. Basta ver que Gómez Pavajeau (2014) menciona cómo el concepto de medida cautelar de la libertad establecido por la Corte Interamericana ha sido desconocido por el Estado, para suplirlo por razones basadas en los reclamos sociales, como si estos estuviesen estipulados en la ley y desconoce abiertamente el control de convencionalidad previsto para las medidas de detención preventiva.

El sistema de enjuiciamiento criminal colombiano no es la excepción. A medida que han pasado los años de su implementación, se han provocado reformas que aligeran las garantías procesales en materia de justicia premial, aplicación del principio de oportunidad y utilización de preacuerdos, hasta el punto de concebirlas para determinadas modalidades delictivas y restringirlas en otras, ampliar los derechos de las víctimas en el proceso penal, establecer procedimientos especiales para judicializar delitos cometidos contra víctimas con trato diferencial y endurece el trato frente a la corrupción y la delincuencia organizada así como la ordinaria. Dentro de las reformas referidas que concretan nuestro argumento se pueden verificar:

Reformas efectuadas al Código de Procedimiento Penal

- Ley 937 del 30 de diciembre de 2004: “Por la cual se adiciona el Artículo 38 de la Ley 906 de 2004”.
- Ley 985 del 26 de agosto de 2005: “Por medio de la cual se adoptan medidas contra la trata de personas y normas para la atención y protección de las víctimas de la misma”. Adiciona el Artículo 35 de la Ley 906 de 2004.

- Ley 1121 del 29 de diciembre de 2006: “Por la cual se dictan normas para la prevención, detección, investigación y sanción de la financiación del terrorismo y otras disposiciones”. Se modificó el Artículo 35, numeral 20 de la Ley 906 y el párrafo 3 del Artículo 324 de la Ley 906 de 2004, declarado inexecutable por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-095 de 2007.
- Ley 1028 de 2006: “Por la cual se adiciona el Código Penal y se dictan otras disposiciones”. Agrega el Artículo 35 de la Ley 906 con el Artículo 3 de esta Ley y aumenta una competencia para los jueces penales del circuito especializado.
- Ley 1098 del 8 de noviembre de 2006: Código de la Infancia y Adolescencia.
- Ley 1142 del 28 de junio de 2007: “Por medio de la cual se reforman parcialmente las Leyes 906 de 2004, 599 de 2000 y 600 de 2000 y se adoptan medidas para la prevención y represión de la actividad delictiva de especial impacto para la convivencia y seguridad ciudadana”.
- Ley 1257 del 4 de diciembre de 2008: “Por la cual se dictan normas de sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres, se reforman los Códigos Penal, de Procedimiento Penal, la Ley 294 de 1996 y se dictan otras disposiciones”.
- Ley 1273 del 5 de enero de 2009: “Por medio de la cual se modifica el Código Penal, se crea un nuevo bien jurídico tutelado —denominado de la protección de la información y de los datos— y se preservan integralmente los sistemas que utilicen las tecnologías de la información y las comunicaciones, entre otras disposiciones”.
- Ley 1312 del 9 de julio de 2009: “Por medio de la cual se reforma la Ley 906 de 2004 en lo relacionado con el principio de oportunidad”.
- Ley 1395 del 12 de julio de 2010: “Por la cual se adoptan medidas en materia de descongestión judicial”
- Ley 1453 del 24 de junio de 2011: “Por medio de la cual se reforma el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal, el Código de Infancia y Adolescencia, las reglas sobre extinción de dominio y se dictan otras disposiciones en materia de seguridad”.

- Ley 1474 del 12 de julio de 2011: “Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública”.
- Ley 1442 de 2012: “Por la cual se reforma el Artículo 74 de la Ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal”, delito de violencia intrafamiliar.
- Ley 1542 del 5 de julio 2012: “Por la cual se reforma el Artículo 74 de la Ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal”.
- Ley 1709 del 20 de enero de 2014: “Por medio de la cual se reforman algunos artículos de la Ley 65 de 1993, de la Ley 599 de 2000, de la Ley 55 de 1985 y se dictan otras disposiciones”.
- Ley 1652 del 12 de julio de 2013: “Por medio de la cual se dictan disposiciones acerca de la entrevista y el testimonio en los procesos penales de niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales”.
- Ley 1760 de 2015: “Por medio de la cual se modifica parcialmente la Ley 906 de 2004 en relación con las medidas de aseguramiento privativas de la libertad”.

Reformas efectuadas al Código Penal

- Ley 890 del 7 de julio de 2004: “Por la cual se modifica y adiciona el Código Penal”.
- Ley 985 del 29 de agosto de 2005: “Por medio de la cual se adoptan medidas contra la trata de personas y normas para la atención y protección de las víctimas de la misma”.
- Ley 964 del 8 de julio de 2005: “Por la cual se dictan normas generales y se señalan en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno nacional para regular las actividades de manejo, aprovechamiento e inversión de recursos captados del público que se efectúen mediante valores y se dictan otras disposiciones”.
- Ley 1028 del 13 de junio de 2006: “Por la cual se adiciona el Código Penal y se dictan otras disposiciones”.

- Ley 1121 del 30 de diciembre de 2006: “Por la cual se dictan normas para la prevención, detección, investigación y sanción de la financiación del terrorismo y otras disposiciones”.
- Ley 1142 del 28 de julio de 2007: “Por medio de la cual se reforman parcialmente las Leyes 906 de 2004, 599 de 2000 y 600 de 2000 y se adoptan medidas para la prevención y represión de la actividad delictiva de especial impacto para la convivencia y seguridad ciudadana”.
- Ley 1154 del 4 de septiembre de 2007: “Por la cual se modifica el Artículo 83 de la Ley 599 de 2000, Código Penal”.
- Ley 1181 del 31 de diciembre de 2007: “Por la cual se modifica el Artículo 233 de la Ley 599 de 2000”.
- Ley 1200 del 23 de junio de 2008: “Por medio de la cual se adiciona el Artículo 169 del Código Penal, modificado por los artículos 2 de la Ley 733 de 2002 y 14 de la Ley 890 de 2004”.
- Ley 1220 del 16 julio de 2008: “Por la cual se aumentan penas para los delitos contra la Salud Pública, de que trata el Título XII, Capítulo I del Código Penal”.
- Ley 1236 del 23 de julio de 2008: “Por medio de la cual se modifican algunos artículos del Código Penal relativos a delitos de abuso sexual”.
- Ley 1257 del 4 de diciembre de 2008: “Por la cual se dictan normas de sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres, se reforman los Códigos Penal, de Procedimiento Penal, la Ley 294 de 1996 y se dictan otras disposiciones”.
- Ley 1273 del 5 de enero de 2009: “Por medio de la cual se modifica el Código Penal, se crea un nuevo bien jurídico tutelado —denominado de la protección de la información y de los datos— y se preservan integralmente los sistemas que utilicen las tecnologías de la información y las comunicaciones, entre otras disposiciones”.
- Ley 1311 del 9 de julio de 2009: “Por medio de la cual se adicionan los Artículos 377A y 377B a la Ley 599 de 2000 (Código Penal), se crea el tipo penal de uso, construcción, comercialización, tenencia y transporte de semisumergibles o sumergibles”.
- Ley 1326 del 15 de julio de 2009: “Por la cual se modifica el Artículo 110 del Código Penal”.

- Ley 1329 del 17 de julio de 2009: “Por medio de la cual se modifica el Título IV de la Ley 599 de 2000 y se dictan otras disposiciones para contrarrestar la explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes”.
- Ley 1336 del 21 de julio de 2009: “Por medio de la cual se adiciona y robustece la Ley 679 de 2001, de lucha contra la explotación, la pornografía y el turismo sexual con niños, niñas y adolescentes”.
- Ley 1356 del 30 de octubre de 2009: “Por medio de la cual se expide la Ley de Seguridad de Eventos Deportivos”.
- Ley 1357 del 12 de noviembre de 2009: “Por la cual se modifica el Código Penal”.
- Ley 1426 del 29 de diciembre de 2010: “Por la cual se modifica la Ley 599 de 2000, relativa a las conductas punibles que atentan contra los bienes jurídicamente protegidos de los defensores de derechos humanos y periodistas”.
- Ley 1448 del 10 de junio de 2011: “Por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones”.
- Ley 1453 del 24 de junio de 2011: “Por medio de la cual se reforma el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal, el Código de Infancia y Adolescencia, las reglas sobre extinción de dominio y se dictan otras disposiciones en materia de seguridad”.
- Ley 1474 del 12 de julio 2011: “Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública”.
- Ley 1761 de 2015: “Por la cual se crea el tipo penal de feminicidio como delito autónomo y se dictan otras disposiciones (Rosa Elvira Cely)”.
- Ley 1762 de 2015: Ley anticontrabando. Se crean nuevas sanciones por incumplimiento a las prohibiciones sobre los libros de comercio y a las demás obligaciones propias de los comerciantes.

En conclusión, el Derecho Penal es reformado permanentemente. Entonces, ¿por qué no funciona? No es que no funcione. Ambos (2012) expresaba que en su país había un dicho que rezaba: “La máquina de la justicia trabaja lenta pero continuamente” y Anitúa (2004) afirma que el Derecho Penal se vale de los medios de comunicación para cumplir con el fin preventivo general por el que fue

construido y, al mismo tiempo, para evidenciar su actividad basada en la lucha contra la criminalidad y la persecución del delito y el delincuente en una sociedad del riesgo, globalizada e informática.

En realidad, Ambos (2012) quería hacer notar que la lentitud del aparato de persecución se origina en la gran demanda de la ciudadanía que constantemente está denunciando conductas penales y en la escasa infraestructura que debe atender el pedido social. En este punto, lo importante es entender que la sociedad ha creído que el delito es una enfermedad, de ahí su sensación de miedo; esto conlleva a creer que el delito es algo frecuente y cotidiano, que trae consecuencias terribles. Por ello, mediante la reducción de garantías penales y la búsqueda de condenas a personas que pueden ser culpables o no, se alivian los miedos sociales. En ese orden de ideas, el Derecho Penal es el músculo fuerte del Estado que permite a sus asociados desarrollar su libre autonomía; así pues, no se puede creer que el problema se solucione al ser eficientista o garantista, sino en un ejercicio de ponderación que demanda financiamiento económico, sostenimiento y aplicación de políticas penales a largo plazo, definidas desde presupuestos sólidos y concretos que establezcan el reclamo de seguridad ciudadana frente al respeto de los derechos fundamentales en materia penal de los procesados.

En este escenario, el Estado empieza a adoptar medidas que concreten el pedido de la ciudadanía en dos palabras que serán estudiadas en el examen propuesto en esta investigación. Ellas son: priorización y contexto, las cuales son la respuesta que nuestro Estado propone para combatir la criminalidad, específicamente en la etapa de investigación; así lo ha desarrollado Luis Eduardo Montealegre, en el ejercicio de su cargo como fiscal general de la Nación.

Criminalidad organizada

Así como la sociedad obedece a un grado de complejidad que pone su sostenibilidad en el Derecho, dentro de ella existen organizaciones que obedecen a los mismos parámetros descritos en las sociedades de riesgo, o sea, son organizaciones que desarrollan sus actividades con base en las tecnologías, la cibernética, la información y sobre estructuras que elaboran su propia comunicación, su simbología y sus formas de castigarse y controlarse. Estas son las organizaciones criminales.

Caparrós (1998) define la organización criminal así²:

[...] es una entidad colectiva en función de estrictos criterios de racionalidad. A modo de piezas que se integran en una sólida estructura, cada uno de sus miembros desempeña un determinado cometido para el que se encuentra especialmente capacitado en función de sus aptitudes o posibilidades personales. De este modo, la corporación alcanza los rasgos propios de una sociedad de profesionales del delito en la que se manifiesta un sistema de relaciones definidas a partir de deberes y privilegios recíprocos (p. 37).

Dentro de las organizaciones criminales más importantes del mundo se encuentran:

1. Carteles mexicanos de la droga: tienen actividad en toda América y están iniciando en Europa. Desarrollan una cantidad de ilícitos como secuestro, narcotráfico, trata de personas y tortura, cuentan con una gran infraestructura física y de personal calificado como abogados, contadores. El cartel de Sinaloa tiene ingresos anuales por más de 3.000 millones de dólares.
2. Yakusa: es la organización criminal más importante de Japón. Sus integrantes hacían labores de samuráis, consistentes en la protección a diferentes jefes. Como esta actividad se fue debilitando por el paso del tiempo, se convirtieron en paramilitares que ejercían dicha labor, en favor de la comunidad a cambio de prebendas económicas; más adelante, se convirtieron en bandas criminales dedicadas a contrabando, extorsión, tráfico de armas y tráfico de drogas. Sus integrantes son adoctrinados con ideales de lealtad, fidelidad, obediencia y ultranacionalismo, al punto de presentar castigos físicos por incumplimiento, como mutilación de los dedos de las manos. Yamaguchi Gumi ha obtenido ingresos por valor de 80 mil millones de dólares en los últimos años.
3. Triadas chinas: son organizaciones criminales orientadas a la trata de personas, extorsión, prostitución, piratería y lavado de activos. Dichos comportamientos suelen ser contra sus congéneres.
4. Mafia italiana: inicia sus labores de protección hacia ciertos nobles. Luego se transformaron en grupos criminales rurales con un código de conducta y

.....
2 "Por 'grupo delictivo organizado' se entenderá un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material" (Organización de Naciones Unidas, 2000).

una organización descentralizada, que buscaba tener dominio político con la finalidad de obtener poder e información. La Camorra tiene un capital de 4.900 millones de dólares.

5. Mafia rusa: tiene influencia y poder en todo el mundo. Sus actividades incluyen narcotráfico, tráfico de personas, comercio ilegal de petróleo, tráfico de armas y material nuclear. Solntsevskaya Bratva cuenta con un capital de 4.500 mil millones de dólares (wrru, s. f.).

La característica fundamental de las organizaciones criminales es su operatividad, entendida como una empresa. Así como las empresas legales tienen una organización jerárquica, funcional, normativizada, con un ejercicio contable que refleja sus activos y pasivos, los lugares en donde operan, los insumos para realizar las actividades y la distribución de actividades y funciones. Las organizaciones al margen de la ley toman este modelo para aplicarlo en la cotidianidad de su ejercicio antisocial, de forma que se convierten en empresas que ofrecen al mercado una factoría de delitos, desde actividades intrascendentes hasta otras de gran calado (Orsi, 2007).

En este escenario, Albrecht (2001) señala que esa actividad empresarial desempaña un papel determinante en dos tipos de mercado —ilegal y legal— en los que los actos ilícitos se desprenden de los delitos financieros, en particular el lavado de activos en dos manifestaciones: una, relacionada con la creación de mercados ilícitos que generan un paralelo entre la economía de mercado lícita con economías que tienen su fuente de ingresos en actividades delincuenciales conocidas con diferentes denominaciones, las cuales tienen su enfoque en el narcotráfico, la trata de personas, la pornografía infantil y la venta de armas; la segunda, permea las economías formales, al crear actividades lícitas para convertir el producto de la actividad delincencial en dinero que circule con facilidad en las economías de mercado globales, lo que se denomina lavado de capitales, con efectos directos en la vida de los ciudadanos como la inflación, pues se incrementan los precios de los bienes y servicios del mercado. Ejemplo de ello es la burbuja inmobiliaria que produce consecuencias en la finca raíz, al poner a competir el mercado sobre precios elevados que terminan afectando no solo la economía nacional, sino las vecinas (Orsi, 2007).

Esa criminalidad organizada que traspasa fronteras es lo que se conoce como delincuencia transnacional, caracterizada porque el delincuente:

[...] aprovecha las oportunidades que se le ofrecen para cometer delitos, transferir bienes ilegales o asumir riesgos no permitidos más allá de las fronteras [...]. Además se expresa con este concepto de criminalidad sin fronteras a un sector de la delincuencia que ya no se deja interpretar por medio de los instrumentos tradicionales de la investigación y el análisis criminológico, los que igualmente no contemplan la comisión individual de delitos en masa, las más de las veces cometidos por jóvenes, criminalidad de bagatela, así como la reflexión sobre víctimas y responsables (Albrecht, 2001, p. 13).

La criminalidad organizada altera el orden público, desestabiliza la economía de un Estado y desafía la institucionalidad por medio de la corrupción, pues la infiltra para provocar que se vuelva cómplice de sus actividades; por ello, la política y el crimen no pueden transar, porque la sociedad termina sufriendo las consecuencias de la injusticia, provocada por la ausencia de fidelidad al Derecho. Los Estados democráticos se deslegitiman en la medida en que los sistemas criminales demuestran a la sociedad su ineficacia (Orsi, 2007).

Las organizaciones criminales son organizaciones sociales estructuradas sistemáticamente, lo que quiere decir que tienen sus propios valores, códigos de ética y un sentido comunicativo que las identifican bajo un parámetro de conducta criminal. Esto propone un nuevo paralelo con las estructuras sociales en el sentido de desafiar los valores y el orden establecido por los sistemas sociales amparados en la legalidad, de modo que su operación propone un desafío real que atenta contra los sistemas democráticos, políticos y económicos de los Estados y propicia la materialización de una cadena de delitos que permean los sistemas sociales y derrumban las estructuras establecidas.

Así las cosas, las organizaciones criminales, en su diario acontecer, ejecutan actividades que, aunque intrascendentes, forman parte de su acción criminal; es allí en donde el analista criminal empieza a cambiar la forma de entender el delito, ya no como lo que se asume como norma y caso, sino desde una comprensión externa que permite enmarcarlo en el entorno en el que funciona. Por ejemplo, actos tan simples como el hurto de celulares pueden estar conectados con terrorismo, venta de estupefacientes, microtráfico, venta de autopartes, extorsión y secuestro.

La migración de personas facilita la comisión de actividades de la delincuencia organizada, al aprovechar que el intercambio de culturas facilita el mercadeo

de bienes y servicios ilícitos producidos por la demanda de capitales de ciudadanos que están dispuestos a pagar el dinero necesario para cumplir con sus sueños de autonomía; por ello, se desarrolla la venta de estupefacientes, el comercio sexual, la prostitución, la trata de personas, la pornografía en sus diversas modalidades en especial la infantil y el mercado de armas, entre otros, que potencian actividades como el terrorismo.

Con estos argumentos se origina la Convención de Palermo³, instrumento internacional que busca combatir la criminalidad transnacional y opera frente a este fenómeno criminal cuando la organización funciona en diferentes Estados o su actividad criminal traspasa sus fronteras⁴. En particular dedica su esfuerzo al lavado de dinero, a la corrupción, la trata de personas, en especial mujeres y niños, al tráfico de emigrantes y el tráfico y la fabricación ilícita de armas.

Las organizaciones criminales también pueden entenderse como aparatos estructurados de poder. Esta definición establecida por Roxin (2007) para desarrollar su teoría de autoría mediata sirve para probar los crímenes de sistema como el genocidio, los crímenes de guerra y de lesa humanidad, perpetrados por un grupo de personas con carácter piramidal y jerarquía que ejerce un poder específico en un territorio particular y realizan actividades al margen del orden jurídico, de manera que sus decisiones son tomadas por un órgano directivo diferente del ejecutor y su accionar puede ser efectuado por el Estado o por grupos al margen de la ley. Hoy en día, tal teoría puede extenderse para probar los delitos de organizaciones criminales (Velásquez, 2011).

La empresa criminal conjunta ha sido vista como otra forma de comprender a las organizaciones criminales en las que se comparte comunidad de designio criminal, para desarrollar un fin propuesto por el grupo de criminales, quienes comparten sus consecuencias en el marco de la coautoría, de acuerdo con sus

3 "Uno de los contrastes más marcados que existen en el mundo actual es el abismo entre lo civil y lo incivil. Cuando digo 'lo civil' quiero decir la civilización: los siglos acumulados de conocimientos que sientan las bases del progreso. Cuando digo 'lo incivil' también quiero decir la tolerancia: el pluralismo y el respeto con los que aceptamos a los diversos pueblos y nutrimos de ellos nuestras fuerzas. Y, por último, quiero decir la sociedad civil: los grupos de ciudadanos, empresas, sindicatos, profesores y periodistas, los partidos políticos y demás grupos que desempeñan una función esencial en el funcionamiento de toda sociedad (Organización de las Naciones Unidas, 2004).

4 "2. A los efectos del párrafo 1 del presente artículo, el delito será de carácter transnacional si: a) Se comete en más de un Estado; b) Se comete dentro de un solo Estado, pero una parte sustancial de su preparación, planificación, dirección o control se realiza en otro Estado; c) Se comete dentro de un solo Estado, pero entraña la participación de un grupo delictivo organizado que realiza actividades delictivas en más de un Estado; o d) Se comete en un solo Estado, pero tiene efectos sustanciales en otro Estado" (Organización de las Naciones Unidas, 2004).

variantes que se explicarán más adelante. Entre ellas encontramos a las organizaciones terroristas, de las cuales las más peligrosas del mundo son: Boko Haram, que gana más 70 millones de dólares por año; Lashkar-e-Toib, 100 millones de dólares por año; Al Qaeda, 100 millones de dólares por año; Talibán, 400 millones de dólares por año; IRA, más de 450 millones de dólares por año; FARC, 1.000 millones de dólares por año y EIIL, 2.000 millones de dólares” (RT, 2014).

Reacción del Estado frente a las organizaciones criminales

Así como las organizaciones criminales desarrollan su actividad al tomar los instrumentos tecnológicos e informáticos para la consecución de sus delitos, el Estado se vale de herramientas que le permitan adelantar sus investigaciones para dar con los responsables de dichas organizaciones.

Por ello, cuenta con figuras jurídicas que le faciliten adecuarse a la forma en la que las organizaciones criminales desarrollan su actividad para descifrarlas, identificarlas, hallar sus patrones de criminalidad y las rutas que utilizan para sus ilícitos, así como conocer sus enlaces con otras organizaciones criminales. En la Ley 906 de 2004 encontramos como actuaciones lícitas para combatir la criminalidad organizada las siguientes: infiltración de organizaciones criminales, actuación de agentes encubiertos y entrega vigilada (Artículos 241, 242, 242a y 243). Montealegre (2013) las determina así: agente encubierto, seguimiento pasivo, entrega vigilada y vigilancia de cosas.

En relación con las dos primeras —infiltración y utilización de agentes encubiertos— es primordial que se efectúen sobre organizaciones criminales y que el imputado continúe ejecutando actividades delictivas, con el objetivo de identificar su organización y su funcionamiento; para eso, hace un análisis previo de la organización y luego infiltra a uno de los miembros de la Policía Judicial, para obtener información provechosa para la investigación.

Las operaciones encubiertas son actos de la Policía Judicial o de particulares por orden del fiscal, con la aprobación del director nacional o seccional de Fiscalías, que le permiten controlar las acciones de organizaciones criminales, identificar a sus miembros, conocer sus planes y actividades y golpear con eficacia sus estructuras (Artículo 242 de la Ley 906 de 2004) (Montealegre, 2013).

La entrega vigilada es un procedimiento policial para el seguimiento del objeto material del ilícito y la identificación de quienes forman parte de la organización delictiva (Montealegre, 2013).

La reacción del Estado no se queda en estos instrumentos, pues pretende intervenir a las organizaciones criminales por medio de una nueva forma de investigación, denominada investigación de análisis y contexto, que será analizado en los capítulos 2 y 3 del presente escrito y tiene como parámetro el criterio de priorización.

Conclusiones

La sociedad actual puede entenderse de diferentes formas: sociedad posindustrial, líquida, de control, de vigilancia o del riesgo, que cuenta con el Derecho Penal como instrumento idóneo para combatir la inseguridad que la agobia y reclama su intervención eficaz frente al conflicto social.

El Derecho Penal de la actualidad endurece su posición frente a la delincuencia, en especial la organizada, elimina garantías, emite nuevos tipos penales anticipatorios de bienes jurídicos, refuerza la punibilidad de conductas, establece delitos autónomos que originen mayor reprochabilidad e instituye interpretaciones más fuertes en materia de autoría y participación, con la finalidad de responder al miedo generado por la delincuencia.

El Derecho Penal es protector de individuos y colectividades, abandona su carácter tradicional de *ultima ratio* para volverse un Derecho Penal máximo.

El Derecho Penal de hoy mantiene una lucha permanente contra la criminalidad organizada, pues entiende que ella configura un desafío profundo contra las instituciones, la administración pública y los sistemas estructurales que sostienen a la sociedad (político, jurídico, económico, etc.).

La delincuencia organizada es una consecuencia de las sociedades del riesgo, porque se concreta de acuerdo con la demanda pública en la que la sociedad participa, ya sea en el uso de sustancias estupefacientes, en la prostitución, en la pornografía infantil, en la trata de personas y en la venta o comercio de armas, lo que hace visibles a los mercados ilegales.

Las organizaciones criminales se asimilan a empresas del crimen, aparatos organizados de poder, empresas criminales conjuntas y órganos represores, incluidas las organizaciones terroristas.

El dinero ilícito de las organizaciones ilegales permea a los mercados lícitos y producen efectos inflacionarios en la economía global y afectación colectiva de sus bienes.

Las organizaciones criminales son el enemigo real de los sistemas sociales y el Estado responde con nuevas formas de investigación para identificarlas, comprender sus estructuras, sus parámetros de macrocriminalidad y su georeferenciación, lo cual se consigue con una investigación enfocada al análisis y al contexto, basada en la priorización, además de agentes encubiertos, infiltraciones, seguimiento de cosas o de personas y entrega vigilada.

PRIORIZACIÓN DE CASOS: UNA NUEVA FORMA DE INVESTIGACIÓN PENAL

El principio de priorización fue establecido por el Acto legislativo 01 de 2012 y la Ley 1592 de 2012, dentro del marco de aplicación de la justicia transicional. Su materialización no debe vulnerar los derechos humanos de aquellos que han sufrido los horrores de la violencia de nuestro país.

Colombia es un país que, desde el siglo XX, ha sostenido un conflicto armado en el que han intervenido varios actores, entre ellos, los grupos paramilitares, guerrilleros y narcotraficantes (criminalidad organizada y delincuencia transnacional). El Estado ha propiciado diversos escenarios jurídicos con la finalidad de superar el conflicto sin dejar de investigarlos y juzgarlos; por ello, se han creado leyes que incorporan el escenario de la justicia transicional. Tal es el caso de la Ley 975 de 2005, Ley de Justicia y Paz, que tiene características y finalidades especiales correspondientes a la búsqueda de la paz, la justicia, y la reparación de las víctimas en un marco jurídico exclusivo y transitorio. Traza un procedimiento particular para que las personas que hayan cometido delitos dentro del conflicto armado puedan resolver su situación jurídica con el Estado y se incorporen a la vida civil.

La cantidad de casos generados por el conflicto son innumerables y revisan gran complejidad, por lo que en estos dos últimos años se ha venido implementando un concepto denominado priorización, definido como “una forma de reorganizar el talento humano y los recursos con la que se podría aumentar la

eficiencia y la eficacia del sistema penal” (Usaid y Corporación Excelencia en la Justicia, 2013, p. 2).

La priorización se asume como la prelación de la Fiscalía General de la Nación en la investigación de las conductas graves, entendidas como infracciones al Derecho Internacional Humanitario cometidas en el conflicto armado y, por otro lado, en atención a criterios subjetivos como la calidad y la cantidad de las víctimas y en la calidad y la jerarquía del sujeto infractor (Ambos, 2011).

En palabras de Correa Henao (2015): “Este se define como el parámetro lógico para focalizar la acción investigativa hacia determinadas situaciones y casos, destinado a ampliar el impacto de la actuación de la Fiscalía en el cumplimiento de sus finalidades y aprovechar mejor sus recursos” (p. 143). Entraña como finalidades la seguridad ciudadana y la respuesta frente a las organizaciones criminales, legitimidad y eficacia en la administración de justicia, racionalización de recursos y reducción de la impunidad (Fiscalía General de la Nación, 2012), lo que lleva a entender la investigación penal como un escenario de contexto, en el que se aborda su comprensión desde la interdisciplinariedad con la finalidad de enfrentar organizaciones criminales que han superado los límites territoriales y hacen uso de diferentes formas de criminalidad, como un centro de negocios (Albrecht, 2001).

Este mecanismo no puede convertirse en la facultad inherente y omnímoda de la Fiscalía para decidir por sí sola la no investigación de los delitos considerados de poca trascendencia; más bien, sirve para investigar los delitos de mayor impacto en la sociedad, con el objetivo de racionalizar gradualmente las conductas que revisten mayor gravedad hasta aquellas consideradas menores, las cuales serán investigadas en la medida en que las primeras sean depuradas. En tal sentido, si la ejecución de este mecanismo es transparente y claro, contribuirá al mejoramiento del sistema judicial, promoverá su modernización con la adopción de estrategias de gerencia de la investigación y permitirá conocer la realidad judicial y la capacidad del sistema judicial y, con ello, cumplir con la demanda de la administración de justicia (Usaid y Corporación Excelencia en la Justicia, 2013).

Este nuevo escenario trae diversas críticas expuestas por personalidades jurídicas como Ramiro Bejarano, Alfredo Ramos Maya y Alfredo Guarín, quienes han expresado numerosas preocupaciones en la aplicación de esta figura, relacionadas con fenómenos de impunidad, necesidad del establecimiento de criterios

específicos para delimitar requisitos, su aplicación, instituir qué debe entenderse por delito grave, la intervención e influencia de los medios de comunicación en la prelación de los casos, la ausencia de confianza de la ciudadanía en las instituciones públicas, en especial en el aparato judicial y problemas de arbitrariedad (Bermúdez Liévano, 2013). Por otro lado existen autores que resaltan sus bondades. Rodrigo Uprimny determina:

El ideal es que el sistema penal sea capaz de perseguir todos los delitos pero en la práctica eso no ocurre. La criminología ha demostrado que en todo el mundo el sistema criminal prioriza y selecciona los casos pues los recursos son siempre limitados. La pregunta no es entonces si debe o no haber priorización sino si esta debe hacerse por debajo de la mesa o a partir de estándares y procedimientos explícitos y transparentes.

[...]. La priorización encubierta, poco transparente y sin control que es la que ha existido hasta ahora en Colombia, hace que el sistema penal se concentre en resolver casos fáciles (como las flagrancias), pero que no necesariamente son los más graves [...]. Es pues mejor una política de priorización transparente y sujeta a ajustes, que permita debatir acerca de dónde deben concentrarse los esfuerzos para atacar la criminalidad y hacer efectivos los derechos de las víctimas (Bermúdez, 2013).

Alejandro Ramelli (2013) afirma que:

La priorización, no es más que una técnica de gestión de la investigación penal que permite establecer un orden de atención entre peticiones ciudadanas de justicia con el fin de garantizar, en condiciones de igualdad material, el goce efectivo del derecho fundamental del acceso a la administración de justicia (p. 83).

Por otra parte, priorizar implica tener una política criminal acorde con parámetros trazados por la institucionalidad en el ejercicio de protección de las garantías judiciales y con el conocimiento de la realidad del país, de sus necesidades de justicia y de comprensión del problema económico y social que facilite enfrentar al delito y sus consecuencias, sin abandonar a víctimas de delitos que parecen ser de poca trascendencia; en otras palabras se debe delimitar un contexto político criminal que haga posible que el Estado no se desentienda de la tarea de investigar y juzgar a los responsables de delitos.

La priorización no es un instrumento exclusivo de la justicia transicional, pues en el marco de la justicia ordinaria se aplica con base en la Directiva 0001 de la Fiscalía General de la Nación y se complementa con la Ley de facultades

extraordinarias 1654 de 2013 y el Decreto ley 16 de 2014. Fuera de esto, el ejercicio del principio de oportunidad lleva a inferir que su aplicación está presente en el ejercicio del *ius puniendi*, pero no ha logrado despegar, como lo afirma el Balance del Funcionamiento del Sistema Penal Acusatorio 2012 a 2014 (Borrero, 2014).

En consecuencia, más que un principio, como se pretende hacer ver, es un criterio de selectividad de casos que no procura generar impunidad, sino dar prelación a determinados asuntos investigados por la justicia transicional y ordinaria en cabeza de la Fiscalía General de la Nación, en aras de optimizar los recursos humanos, económicos y logísticos, siempre y cuando respondan a criterios transparentes y objetivos que, delimitados por vía de una ley estatutaria, promuevan la reafirmación de los derechos de las víctimas en un ejercicio de justicia.

Para la Fiscalía General de la Nación, la priorización significa, por una parte, un paso en la adaptación que debe tomar el ejercicio de la investigación penal a las complejidades de las sociedades actuales, lo que implica un reordenamiento de la estrategia investigativa y por otra parte, reorientar sus esfuerzos investigativos en contra de las organizaciones criminales, sus estructuras y los escenarios delincuenciales en donde operan, de acuerdo con factores geográficos, económicos y sociales que determinan el entorno y afectan a un gran número de ciudadanos, con el fin de luchar contra la inseguridad y enfrentar la criminalidad, a partir de la aceptación de que investigar al mismo tiempo todas las conductas que llegan a su conocimiento es imposible (Fiscalía General de la Nación, 2013).

Justicia transicional y criterio de priorización

La justicia transicional en Colombia debe aproximarse a la búsqueda de una ponderación efectiva de protección de derechos fundamentales de las víctimas del conflicto armado y de los victimarios que cometieron delitos en contra del Derecho Internacional Humanitario, de lesa humanidad, genocidio, crímenes de guerra y otros conexos, en el que la sociedad civil colombiana se ha visto envuelta, con el objetivo de prevenir la impunidad de dichos comportamientos graves en contra de la humanidad y en favor de los intereses de verdad, justicia y reparación de las víctimas del conflicto armado (Cuervo, 2013).

Tal ponderación debe plantearse ante la pena de los responsables de las conductas punibles y los derechos de las víctimas, con punto de partida en los acuerdos establecidos en los procesos de reconciliación y negociación, siempre que estos no pretendan dejar en la impunidad los delitos concretados en fuertes violaciones de derechos humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario, manifestados en el desarrollo del conflicto armado. La individualización de los responsables y la pena impuesta constituyen una pretensión estipulada por el Derecho Internacional, en busca de la justicia, del establecimiento de la verdad y de la reparación efectiva de las víctimas (Uprimny y Lasso, 2004).

Así las cosas, la justicia transicional es un mecanismo que apunta a encontrar solución a las violaciones masivas de derechos humanos y los abusos generalizados o sistemáticos en dicha materia sufridos en un conflicto. Cuenta con una etapa constructiva de paz que debe concretarse para alcanzar el fortalecimiento de la democracia, ubicada en la transición entre el conflicto y la materialización de la paz. Ello se decanta de la Sentencia C-052 de 2011, la cual muestra la transicionalidad como una situación excepcional, en la que el Estado asume una posición benefactora frente a los dos actores que se encuentran en el escenario judicial: la víctima y el victimario.

La Ley 1448 de 2011, en su Artículo 8, es clara al definir:

Entiéndase por justicia transicional los diferentes procesos y mecanismos judiciales o extrajudiciales asociados con los intentos de la sociedad por garantizar que los responsables de las violaciones contempladas en el artículo 3° de la presente ley rindan cuentas de sus actos, se satisfagan los derechos a la justicia, la verdad y la reparación de las víctimas, se lleven a cabo las reformas institucionales necesarias para la no repetición de los hechos y la desarticulación de las estructuras armadas ilegales con el fin último de lograr la reconciliación nacional y la paz duradera y sostenible.

Sobre este punto se plantea un problema: ¿el Estado tiene la obligación de investigar y juzgar todas las conductas que ocurren en el escenario del conflicto armado? Por una parte, sí, siempre, en forma igualitaria y pronta (tesis maximalista). En otro sentido, se deben delimitar contextos de aplicación normativos a partir de criterios que determinen selectivamente qué tipo de personas y de conductas deben ser investigadas con prioridad y cuáles deben esperar un tiempo prudencial para su averiguación y juzgamiento; esta segunda respuesta debe acoplarse a los parámetros que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de

Derechos Humanos ha trazado en relación con los derechos de la víctima, puesto que ocupan primordial significación frente al papel del Estado en el cumplimiento de la Convención Americana de Derechos Humanos, para garantizar una efectiva y pronta investigación de vulneraciones graves de derechos humanos y, además, ante la justicia de la Corte Penal Internacional, pues no debe olvidarse que ella puede entrar en contacto con estos procesos si el Estado no especifica formas de atención de dichos casos (Olasolo, 2011).

Sobre este aspecto, se ha expresado que el Estado no tiene la capacidad institucional para responder con eficiencia a la demanda de denuncias instauradas por las víctimas en cuanto a los hechos que constituyen la investigación y el juzgamiento de procesados en la jurisdicción ordinaria y en especial en el sistema de justicia transicional; por lo tanto, la visión maximalista exige un compromiso que puede provocar la impunidad de hechos, porque se carece de una infraestructura que pueda cumplir con esta finalidad. En tal sentido, López Díaz (2012) expresa que la Corte Suprema de Justicia no exige que haya acusación y condena por todos los delitos cometidos, pues lo importante radica en que se enmarquen en la criminalidad de sistema que el país y las víctimas tienen derecho a conocer.

Por su parte, López Díaz (2012) afirma que el Estado cumple con las obligaciones internacionales contraídas en el Estatuto de Roma y la Convención Interamericana de Derechos Humanos solo si investiga y juzga a los máximos responsables de los delitos contra los derechos humanos, los crímenes de guerra y aquellos contra el Derecho Internacional Humanitario; no obstante, puede amnistiar a los criminales internacionales por los delitos menos graves cometidos en el conflicto armado, de acuerdo con Ambos y la Corte IDH.

En la sentencia *Bámaca Velásquez contra Guatemala*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2000) determinó que, en cuanto a los derechos de las víctimas, el Estado es responsable por la vulneración al derecho de “un recurso judicial oportuno”, pues este no solo consiste en que el ordenamiento jurídico lo reconozca y, por ende, investigue los hechos, sino que debe ser efectiva y proporcionar respuestas concretas ante las violaciones de derechos humanos.

La obligación de investigar, debe cumplirse con seriedad y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa. Debe tener un sentido y ser asumida por el Estado como un deber propio y no como una simple gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares,

o de la aportación privada de elementos probatorios sin que la autoridad pública busque efectivamente la verdad (p. 85).

En el caso *Durand Ugarte contra Perú*, respecto al derecho de acceso a la justicia, la Corte (2000) señaló que las víctimas tienen derecho a ser oídas dentro de los procesos que adelante el Estado contra los infractores de derechos humanos, con la finalidad de esclarecer los hechos, determinar responsabilidades, sanciones y reparaciones. En el mismo sentido, puede verse el caso de la masacre de La Rochela contra Colombia y el caso de los diecinueve comerciantes, en los que se impone al Estado el deber de investigar las graves violaciones a los derechos humanos y no puede hacer oídos sordos sobre los derechos que asisten a la víctima en relación con una verdad histórica, aportar pruebas y contar con las garantías del debido proceso en un tribunal judicial, así como el trato diferencial a los grupos sociales vulnerados como víctimas del conflicto armado (Red de Derechos Humanos y Educación Superior, 2014).

Si bien es cierto que llevamos más de ocho años de la implementación de este sistema de justicia transicional y los colombianos hemos soportado penas exiguas impuestas a aquellos que han ejecutado actos merecedores de un castigo mayor, también es cierto que el compromiso de verdad y restablecimiento de derechos a las víctimas debe garantizarse para que este sacrificio valga la pena; de lo contrario, los victimarios serán favorecidos y el compromiso de verdad y de investigaciones efectivas se irá al olvido (Briceño y otros, 2009).

Al entrar en funcionamiento y al decantar su actividad, la Ley 975 de 2005 estableció un marco normativo que ha venido desarrollándose hasta nuestros días, con la finalidad de fijar los objetivos centrales de su aplicación, que consisten en determinar la verdad de lo acontecido dentro del contexto de violencia, en aras de encontrar la tan ansiada paz y realizar una justicia que se aleje del escenario de retributividad y proporcionalidad propias de un Derecho Penal ordinario, en el que las penas son condicionadas por la ofensa al bien jurídico y el principio de culpabilidad, para concretarse en una pena que, aunque no es la real, garantice un contexto de justicia en la que, por medio de la declaración del victimario, la víctima conozca la realidad de lo acontecido, se le pida perdón y se le garanticen medidas de no repetición. Luego, con bienes del infractor y con el fondo de reparación establecido para esta finalidad, se restituye su dignidad frente a la situación injusta que provocó su participación procesal.

Así las cosas, en el escenario judicial descrito, la víctima requiere de instrumentos idóneos y efectivos que faciliten su participación en el desarrollo procesal para materializar sus derechos; no basta con que estén reconocidos legalmente si ella no puede hacerlos valer. Esta aspiración justa se ve enfrentada a las deficiencias de un sistema que debe acoplarse a los medios existentes para materializar este tipo de derechos sustanciales; forzosamente, tiene que economizar esfuerzos para desarrollar la actividad investigativa, pues se encuentra con el obstáculo de no poder investigar todos los casos que quisiera al mismo tiempo, debido a diversos factores, entre los que se encuentran: recursos económicos insuficientes para impulsar todas las investigaciones y falta de personal y logística para adelantar todos los procesos. Así, debe adecuar un mecanismo de selectividad que permita concretar su actividad investigativa y escalonar la atención y el desarrollo de las mismas.

Surge el concepto de priorización, que se pretende mostrar como un principio que rige la actividad investigativa, pero en el fondo es solo un criterio de selección que no puede confundirse con la palabra impunidad. De ello es consciente la Fiscalía General de Nación (2012), al asumir que el principio de priorización no puede generar desigualdad y mucho menos impunidad; destaca estándares de protección de derechos humanos y reconoce en la jurisprudencia internacional que la priorización de casos no significa vulnerar la Convención Americana de Derechos Humanos. Es importante resaltar que lo que sanciona la Corte Interamericana de Derechos Humanos es la inoperatividad del Estado en el ejercicio del derecho al acceso a la administración de justicia, representada en la ausencia absoluta de investigación (Maritza Urrutia contra Guatemala, masacre de Ituango, Almonacid Arellano y otros, masacre de Mapiripán y comunidad Moiuana contra Suriname, todas estas expresadas en la Directiva referida).

La Unidad de Fiscalía de Justicia y Paz intentó desarrollar métodos eficaces de investigación, con el objetivo de determinar el número de autores y conductas punibles cometidas en el contexto de violencia en el que se desarrolla el marco de justicia y paz y encontró la necesidad de seleccionar casos que, por su relevancia, debían tener un tratamiento desigual frente a otras conductas menos graves en el escenario de ese marco normativo.

Es por eso que en el Artículo 2 de la Ley 1592 de 2012 se adoptó la decisión de asumir criterios de priorización en la investigación y el juzgamiento de las

conductas cometidas por miembros de las organizaciones que participan en el conflicto, con la finalidad de fortalecer los esfuerzos investigativos y logísticos en la persecución de conductas delictivas previstas en el marco de la justicia transicional. Para ello, se fijan principios que hagan viables las labores mencionadas y sean un mecanismo expedito para la clasificación de casos, que deben ser escogidos con base en un test de priorización que permita ponderar los criterios, a efectos de recomendar o decidir la selección de los casos de forma clara y argumentativa, sin interpretación subjetiva.

Es importante que una estrategia de priorización refleje legitimidad, transparencia y representatividad; por ello, la Fiscalía General de la Nación encaminó una discusión en la que construyó dicha estrategia con el objetivo de derribar a las organizaciones criminales y así lograr una efectiva materialización de las garantías de los derechos de las víctimas (Fiscalía General de la Nación, 2013).

Asimismo, este principio de investigación se formó con referencia en las experiencias internacionales de países que también han sufrido los rigores del conflicto armado y se han enfrentado a un escenario de justicia transicional, los cuales reconocieron la imposibilidad de tramitar todos los delitos originados en el ejercicio del conflicto. Por tal razón, adoptaron decisiones que se convirtieron en criterios de priorización y obligaban a decantar parámetros específicos de selección de situaciones que hacían posible prever una forma racional y organizada de investigar y juzgar con base en la gravedad y el impacto social de estas (Ambos, 2011).

Criterios de priorización

El 3 de diciembre de 2012 se sancionó la Ley 1592, con la cual se hicieron modificaciones sustanciales a la Ley 975 de 2005; se definieron alternativas en relación con la etapa de investigación en los procesos de justicia y paz y se expusieron enfoques de priorización que sirvieran para investigar a los máximos responsables de los delitos cometidos por grupos organizados al margen de la ley.

El Artículo 16a de esta Ley ordena al fiscal general de la Nación, por medio del Plan Integral de Investigación Priorizada, a establecer criterios de priorización de casos en cuanto al ejercicio de la acción penal, que contendrá un carácter vinculante y de conocimiento público. Estos criterios mencionados se dirigen a

definir el patrón de macrocriminalidad, en cuanto al accionar de los grupos armados organizados al margen de la ley y a develar los contextos, las causas y los motivos del mismo y concentran los esfuerzos de la investigación en los máximos responsables. Para ello, la Fiscalía General de la Nación deberá adoptar el Plan integral de investigación priorizada.

En esta Ley se propuso consolidar un nuevo enfoque de investigación en el proceso y se determinó lo siguiente:

- Autorizar al fiscal general de la Nación a señalar criterios de priorización para concentrar la investigación en los patrones de macrocriminalidad.
- La Fiscalía General de la Nación adoptará el Plan integral de investigación por bloques y regiones para plasmar los criterios de priorización.
- Investigar los fenómenos macrocriminales en lugar de hechos individuales.

Esta delimitación lógica promete un camino de la acción investigativa hacia determinados casos, lo que asegura un impacto y beneficio de los recursos, al jerarquizar la investigación de acuerdo con el conjunto de conductas que se investigan y el grado de importancia de los criterios, según los elementos del caso, los delitos, los autores, las víctimas y la política. Con ello se identifican los patrones de conducta de las organizaciones delictivas, para que no sean analizados aisladamente y sin conexión por los fiscales que conocen dichos procesos, pues esta sería una posición ilógica que haría infructuosa y dispendiosa la labor investigativa; por el contrario, si dichas indagaciones son adelantadas por un mismo fiscal, podría conocer patrones de macrocriminalidad que ayudaran a resolver de manera eficaz el caso que tiene bajo su competencia (Garzón, 2011; Fiscalía General de la Nación, 2013).

Para generar tales lineamientos en condiciones de igualdad al acceso a la administración de justicia por parte de la víctima, se deben reglamentar las condiciones específicas para que el operador jurídico no caiga en la subjetividad y en la arbitrariedad de la selección de las conductas a investigar. En la Directiva 0001 del 4 octubre 2012 (Fiscalía General de la Nación, 2012) se determinan los siguientes parámetros:

- La persecución efectiva de los máximos responsables de la comisión de crímenes de sistema, perpetrados por aparatos organizados de poder, a efectos de conocer la verdad de lo sucedido, evitar su repetición y otorgar la reparación.

- La investigación y el desmantelamiento de organizaciones delictivas responsables de la comisión de múltiples delitos ordinarios.
- En el caso de los delitos no perpetrados por organizaciones delictivas, el nuevo sistema apuntará, en especial, a combatir patrones culturales discriminatorios y graves vulneraciones de los derechos fundamentales.
- Enfocar, de manera transparente, racional y controlada, la acción investigativa de la Fiscalía hacia la consecución de los objetivos señalados.

Seguido a esto, se fijan unos fines para la priorización, así:

- Seguridad ciudadana: la posibilidad de asociar casos a partir de la identificación de elementos comunes permite combatir con mayor eficiencia la criminalidad organizada.
- Conocimiento del contexto del conflicto armado: la construcción de los escenarios delictivos en todas sus dimensiones es necesaria para abordar procesos de justicia transicional.
- Legitimidad y eficacia en la administración de justicia: la racionalización de los recursos de la Fiscalía General de la Nación permite que se administre justicia con eficacia y transparencia, lo que conduce a reducir la impunidad.
- Atender las exigencias de la sociedad civil: los representantes de los distintos sectores de la sociedad han planteado la necesidad de estudiar la criminalidad en su contexto, para desarticular a los grupos que vulneran gravemente los derechos humanos y atentan contra sus defensores y defensoras.

Asimismo, la Fiscalía General de la Nación traza unos parámetros para la selección de casos, entre los que no existe jerarquía. Su aplicación es versátil, de acuerdo con las circunstancias presentadas y con la aplicación de un test de priorización. Tales pautas son:

1. Subjetivo: toma en consideración las calidades particulares de la víctima (integrante de un grupo étnico, menor de edad, mujer, defensor o defensora de derechos humanos, desplazado, etc.), así como la caracterización del victimario (máximo responsable, auspiciador, colaborador, financiador, ejecutor material del crimen, etc.), ya que las cualidades y determinación son distintas, según el individuo.

2. Objetivo: parte de analizar la clase del delito perpetrado, su gravedad y representatividad en términos de afectación de los derechos fundamentales de las víctimas y de la comunidad general, así como la modalidad de comisión del delito.
3. Complementario: existen criterios complementarios como región y localidad en donde se perpetraron los crímenes; elementos probatorios y viabilidad del caso; examen del caso por un órgano internacional de protección de los derechos humanos.

El parámetro de priorización puede observarse desde el punto de vista subjetivo a partir de dos perspectivas: una, del victimario y la segunda, de la víctima. En la primera se alude a encontrar los máximos responsables en la comisión de un delito:

[...] dentro del análisis y funcionamiento de las estructuras delictivas describiéndose dos tipos de autor, [el primero] es aquel que dentro de la estructura de mando y control de la organización sabía o podía prever razonablemente la perpetración de crímenes de desarrollo de planes operativos [y el segundo se trata de] aquellas personas que han cometido crímenes particularmente notorios, con independencia de la posición que ocupaban en la organización delictiva (Ramelli, 2013, pp. 88-91).

La calidad de víctima alude a las condiciones de especial vulnerabilidad de una persona o un colectivo, por ejemplo, minorías étnicas, menores de edad, discapacitados, sindicalistas, defensores de derechos humanos (Ramelli, 2013).

El criterio objetivo apunta a señalar la gravedad de la conducta, de acuerdo con el número de víctimas, el grado de afectación que sufrió una determinada comunidad en el goce del disfrute de derechos fundamentales y la modalidad de ejecución (Ramelli, 2013).

Por último, el criterio complementario se refiere a factibilidad, necesidad, relevancia o impacto social o política social y riqueza didáctica (Ramelli, 2013).

También debe observarse el test de priorización, en el cual se hace un juicio de ponderación de los criterios señalados mediante una metodología consistente en:

1. Adelantar un análisis criminal.
2. Examinar el caso en un estudio acorde con los criterios mencionados de priorización.

3. Adoptar la decisión, según el caso, que debe cumplir una carga argumentativa.

Desarrollo institucional de la priorización de casos

Con base en lo anterior, se creó la Unidad de Análisis y Contextos adscrita al Despacho del fiscal general de la Nación y cuya competencia consiste en conocer y tramitar los casos priorizados. Esta Unidad surge como instrumento que permite diseñar una política criminal encaminada a enfrentar a la delincuencia organizada con herramientas que sirvan para un análisis criminal y a asumir los casos escogidos por el Comité de priorización de situación y casos de la Fiscalía General de la Nación, órgano competente del sistema de investigación penal y de gestión de los criterios de priorización (Fiscalía General de la Nación, 2012a).

Es importante comprender que la priorización se convertiría en un factor político criminal para ordenar y reorientar las funciones constitucionales que la Fiscalía tiene bajo su competencia y se concreta en la justicia ordinaria y en la justicia transicional.

Priorización de casos y justicia ordinaria

En la justicia ordinaria, cada Dirección de Fiscalías debe presentar un plan de acción en el que especifique las medidas para identificar los factores comunes que determinen su selección, de acuerdo con los criterios descritos: delito, víctima, victimario, tiempo, lugar, *modus operandi*. Además de esta identificación de particularidades, se debe categorizar la información obtenida; para ello, las Direcciones Seccionales harán un estudio global con el fin de examinar si un determinado caso se relaciona con otro.

Seguido a esto, en el plan de acción se indicarán los casos comparados y coincidentes y se denominarán situaciones potenciales de priorización, justificadas según el estudio de comparación de casos y el test delimitado en la Directiva 0001 (Fiscalía General de la Nación, 2012a).

De esta forma, desde el criterio subjetivo se debe identificar a la víctima y señala la persona natural o jurídica que ha sufrido un daño —real y concreto— individual o colectivo como consecuencia del delito concreto: al victimario o persona que actúa como autor o partícipe de una conducta punible, como individuo

o parte de un grupo o una organización y, frente a este último evento, se debe identificar a quien tiene el dominio del hecho para ser responsable como máximo generador de la conducta.

Como criterio objetivo, debe señalarse la gravedad de la conducta determinada de acuerdo con la afectación de los derechos fundamentales de las víctimas. Al relacionar ambos criterios para registrar el impacto de la conducta punible, ya sea por la forma de su ejecución o por el trauma que provocó.

Asimismo, el componente de factibilidad relacionará la información disponible, la que haría falta por recaudar y la probabilidad de obtenerla, con el objeto de avanzar con las pesquisas y obtener los resultados deseados.

Por otro lado, se analizará la viabilidad como conocimiento frente a los elementos, los recursos económicos y los logísticos con los cuales se cuenta.

Como criterio complementario, se debe observar la racionalidad de la labor adelantada e identificar parámetros y problemas de una región determinada, así como la riqueza didáctica del caso seleccionado, entendido como el aporte de significación en cuanto a buenas prácticas de investigación y persecución de infractores reincidentes. Por otra parte, tal riqueza puede servir para la elaboración de jurisprudencia que promueva valores fundamentales de justicia y para el desarrollo de la legislación, con la finalidad de prevenir situaciones que generen impunidad (Ramelli, 2013).

[...] las Direcciones Seccionales de Fiscalías deben realizar un diagnóstico de los patrones criminales que afectan a la comunidad donde ejercen su jurisdicción. En este orden de ideas, los Directores Seccionales de Fiscalías deben implementar los mismos criterios establecidos en la Directiva para presentar su plan de acción al Comité de Priorización de Situaciones y Casos, el cual lo aprueba o rechaza. La priorización en las Direcciones Seccionales de Fiscalía se hará mediante resoluciones expedidas por el Director Seccional, donde se destaquen los fiscales necesarios para asumir los procesos de las situaciones o casos priorizados regionalmente (Riveros, 2012, p. 1).

Además de estos planes de acción se incorporarán otros, relacionados con aquellos casos que no fueron priorizados a los que se les realizará su respectivo seguimiento.

Priorización de casos y justicia transicional

En lo atinente a la persecución y al juzgamiento de delitos relacionados con el Derecho Penal Internacional, que le compete tanto a la justicia penal ordinaria como a la justicia transicional, se debe comprender que el objetivo de la segunda radica en la necesidad de alcanzar una paz efectiva, lo que origina una tensión entre el derecho a la paz y el derecho a la justicia respecto a los derechos de las víctimas. Por esta razón, se deben identificar, plantear y establecer criterios o fórmulas para superarla, mediante mecanismos de priorización dentro de la investigación penal.

Siendo la priorización de casos un instrumento que pretende buscar la garantía en el deber del Estado en cuanto investigar y sancionar las violaciones de derechos humanos y del derecho internacional humanitario trascurridas durante el conflicto armado interno, mecanismos que son inherentes a los instrumentos de justicia transicional (Congreso de la República, 2012).

La Fiscalía General de la Nación es la encargada de diseñar la estrategia de priorización y señalar las reglas de conexidad, para lo cual debe tener, como parámetro de estudio, el marco transicional para la selección y priorización de casos; a su vez, debe crear estructuras que delimiten los factores de selección frente a los patrones de conducta y los máximos responsables de los comportamientos de este tipo de procesos, así como direccionar los fenómenos de macrocriminalidad y macrovictimización.

La materialización de la justicia transicional ha sido contraria a la justicia ordinaria; basta con afirmar que en relación con la cantidad de conductas realizadas, la investigación de los responsables y la ausencia de unos criterios de la priorización, a la fecha no se han proferido las suficientes sentencias judiciales que aseguren la efectiva celeridad del procedimiento de justicia transicional; de ahí, la preocupación de la comunidad internacional por hallar fórmulas de solución frente a la lentitud procesal observada a lo largo de ocho años (Ambos, 2013).

Así las cosas, a partir de un enfoque de investigación dirigido a fenómenos macrocriminales, se rescató una forma diferente de investigar: se debe encontrar el centro fundante de las organizaciones para comprender cómo están conformadas, quiénes son sus máximos responsables, cuáles son sus fuentes de recursos y sus métodos de financiación (Garzón, 2011).

Para el fortalecimiento de la selección y priorización de casos, se consideran:

- Comprensión de los desafíos frente a la ley de Justicia y Paz con base a un aspecto de justicia transicional que tiene como fin el poder maximizar mecanismos en la rendición de cuentas y así encontrar una reconciliación y confianza en la colectividad.
- Rendición de cuentas que debe tener un enfoque coherente, teniendo a los actores del conflicto como su principal actor.
- Lograr la desarticulación de las organizaciones criminales.
- Generar el desarrollo de una política de justicia transicional transparente y justificable (Seils, 2012, p. 2).

Por otra parte, la Corte Penal Internacional ha venido desarrollando discusiones en materia de justicia transicional, lo que conlleva a la priorización de casos que apunten a identificar a los máximos responsables o autores de graves crímenes internacionales y al deber jurídico de persecución penal con base en las investigaciones llevadas a cabo, que sirvan para demostrar su responsabilidad penal por aquellos crímenes.

La Oficina del Fiscal de la Corte Penal Internacional señaló como parámetros:

- El número de víctimas.
- La naturaleza de los crímenes específicos.
- La forma en la que fueron cometidos.
- El impacto relacionado (Seils, 2012).

Existe una experiencia internacional aceptada en relación con el punto de investigación y la acusación de graves delitos contra el Derecho Internacional Humanitario o los derechos humanos, encaminada a entablar estrategias sobre persecución penal con prioridades establecidas.

En la práctica se ha presentado que los tribunales penales internacionales han rechazado la pretensión frente a la investigación de todos los responsables, debido a que con ella se aumenta el grado de complejidad y se obstaculiza el pronunciamiento de condenas contra determinadas personas que se encuentran inculpatas en estos delitos. Por lo tanto, el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas tomó como estrategia —establecida por los tribunales penales internacionales— la persecución de los máximos responsables de los crímenes de su jurisdicción y de los delitos con mayor trascendencia.

Esta metodología se ha utilizado en la esfera internacional. Se tiene en cuenta que las estrategias, los parámetros o los criterios descritos no son suficientes para establecer estándares internacionales, sino que hacen caso a una mejor práctica sobre la selección de casos específicos, para adoptar una mayor efectividad del derecho, al determinar que:

Puede haber situaciones en las que se limitará el número de sospechosos. Pero por su naturaleza, es muy probable que las situaciones puedan implicar un gran número de víctimas y autores. En estos casos, el diseño de una política o estrategia de enjuiciamiento debe tomar en cuenta no sólo el desafío planteado por el número de víctimas y victimarios, pero también el hecho de que los crímenes de la competencia de la Corte sea cometida por individuos que actúan como parte de un grupo u organización (Corte Penal Internacional, 2003, p. 6).

Si bien es cierto que estos parámetros son herramientas valiosas, no son suficientes para determinar una adecuada selección de los casos que se someterán a investigación, por lo que la Oficina del fiscal de la Corte Penal Internacional indicó que debe seguirse un esquema que parte de identificar a quienes considera los mayores responsables de las conductas punibles en materia de investigación y tiene como referencia el lugar o territorio de su actuación o influencia.

Se pueden encontrar limitantes a esa investigación y solo se dirigirá a aquellos casos en los que las pruebas sean más precisas. El Fiscal estableció que los Estados son los que determinarán aquellos máximos responsables frente a las investigaciones de las conductas punibles (Corte Penal Internacional, 2010; López Díaz, 2012).

Otros criterios para la selección de casos, provenientes del fiscal de la Corte Penal Internacional, se han establecido en consideración de la escala del crimen, que tiene en cuenta el número de víctimas y los daños sufridos (psicológicos o corporales) por ellas o sus familiares, en el ámbito territorial en donde se cometieron los crímenes. Además, es preciso estudiar la naturaleza del crimen, la forma de comisión —con énfasis en los medios y métodos para perpetrarlo—, el grado de participación de los responsables, las circunstancias de vulnerabilidad de las víctimas y, por último, su impacto y sus consecuencias.

Dichos parámetros deben establecerse de acuerdo con el grado de participación criminal, los medios de ejecución del delito, el financiamiento del grupo

delincuencial, el grado de afectación de la víctima o del grupo, la naturaleza del crimen, la forma de su comisión y el impacto en la sociedad y en la región.

En la justicia internacional se ha expuesto y determinado la prioridad de investigar a aquellos individuos que tienen una mayor responsabilidad en un determinado delito, más allá de la competencia de justicia de las Naciones en donde se han vulnerado derechos fundamentales.

Seguido a esto, en el sentir de la Fiscalía General de la Nación, este enfoque de priorización de casos es ajustado a los pilares internacionales, en concordancia con los derechos humanos y el Derecho Internacional Humanitario e inspirado en tribunales internacionales; por esto, después de pasar por los criterios de la Oficina del fiscal de la Corte Penal Internacional, se hace mención a la Convención Americana de Derechos Humanos, en particular a sus Artículos 1, numeral 1 y 25, el primero en relación con la garantía de los derechos y el segundo, con la protección judicial, vinculados con la obligación de garantía contemplada en las investigaciones y sanciones cuando se transgrede un derecho descrito en la Convención (Machado, 2012).

En una de sus sentencias, la Corte Interamericana de Derechos Humanos reprochó la ausencia en el juzgamiento únicamente por violaciones masivas de derechos humanos, porque es el Estado el encargado de procurar una investigación concreta y eficaz sobre las violaciones a los derechos humanos e instruir con medios adecuados aquellas violaciones que se efectuaron en el espacio de su jurisdicción, con el fin de individualizar a los responsables del hecho, imponer sanción y reparar a las víctimas (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1988).

La Corte menciona una investigación específica para aquellos delitos que atentan contra el articulado de la Convención Interamericana de Derechos Humanos (Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia) en la que resalta la obligación de orientar la investigación con el propósito de desarticular la infraestructura que dio origen a las violaciones. Si se tiene en cuenta que los derechos humanos son el eje o núcleo de protección, las autoridades deben determinar la participación de quien o quienes intervinieron en la conducta y diseñar hipótesis o presunciones, para que sean corroboradas con las pruebas obtenidas (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2010).

En conclusión, los criterios de priorización determinados en la Directiva 001 de 2012 —subjetivos, objetivos y complementarios— que es posterior al acto

legislativo sobre el cual se hará referencia a continuación, se mantienen iguales para la justicia transicional.

Priorización y Derecho Internacional

Se debe tener en cuenta que en el Derecho Internacional puede limitarse el ejercicio del principio de priorización de casos, con base en tres aspectos:

1. Derecho Internacional de los Derechos Humanos.
2. Derecho Internacional Humanitario.
3. Derecho Penal Internacional.

En el Derecho Internacional de los Derechos Humanos se encuentran las limitaciones mencionadas en los Artículos 1, numeral 1, Garantía de los derechos y el Artículo 25, Protección judicial, de la Convención Interamericana sobre los Derechos Humanos. Estos Artículos asignan al Estado la potestad de investigar y sancionar a personas que violen la Convención y de proporcionar una reparación efectiva a quienes han sufrido un daño. Son la garantía internacional frente a la impunidad por inoperancia del Estado (Machado, 2012).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (2003) expresó que la impunidad se refiere a la falta de la investigación o persecución penal en conjunto de los posibles responsables de graves violaciones de los derechos humanos.

Respecto a estos puntos desarrollados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se puede afirmar que centra su análisis en la ausencia de investigación y constata una atención en el procedimiento.

Por otra parte, resalta la obligación que tienen los Estados de investigar las violaciones de los derechos humanos y del Derecho Internacional Humanitario, por lo que el tema de priorización sobre estos derechos no choca con los instrumentos internacionales. Una política criminal ordenada y selectiva de juzgamiento no es, a simple vista, un orden incompatible con la protección judicial de la Convención Interamericana, lo que no quiere decir que el Estado carezca de la responsabilidad de investigar conductas no seleccionadas en su política criminal; si así fuera, se enfrentaría al derecho de plazo razonable que le asiste a la víctima frente al acceso a la administración de justicia como derecho fundamental. Es esencial que el Estado acoja la postura de investigar y juzgar a los máximos responsables de los actos más graves del conflicto y, al mismo tiempo, origine

un sistema subsidiario que se encargue de asistir a las víctimas de los delitos no priorizados, con la finalidad de indemnizarlas.

Según Machado (2012), el Derecho Internacional Humanitario contiene una regulación menos comprensiva que la planteada por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, porque es un ente normativo adaptable a las situaciones del conflicto armado. La obligación de investigación y sanción por hechos delictivos está incorporada en la obligación de juzgar, la cual se instituye de manera obligatoria en el Artículo 49 del I Convenio de Ginebra, el Artículo 50 del II Convenio de Ginebra, el Artículo 129 del III Convenio de Ginebra y el Artículo 146 del IV Convenio de Ginebra, así:

Las Altas Partes Contratantes se comprometen a tomar todas las oportunas medidas legislativas para determinar las adecuadas sanciones penales que se han de aplicar a las personas que hayan cometido, o dado orden de cometer, una cualquiera de las infracciones graves contra el presente Convenio definidas en el artículo siguiente.

Cada una de las Partes Contratantes tendrá la obligación de buscar a las personas acusadas de haber cometido, u ordenado cometer, una o cualquiera de las infracciones graves y deberá hacerlas comparecer ante los propios tribunales, sea cual fuere su nacionalidad. Podrá también, si lo prefiere, y según las condiciones previstas en la propia legislación, entregarlas para que sean juzgadas por otra Parte Contratante interesada, si ésta ha formulado contra ellas cargos suficientes.

Cada Parte Contratante tomará las oportunas medidas para que cesen, aparte de las infracciones graves definidas en el artículo siguiente, los actos contrarios a las disposiciones del presente Convenio.

El Estatuto de Roma cuenta con fórmulas de escape que permiten reconocer la legitimidad de un proceso de transición en el que existe una medida de exoneración de responsabilidad. En primer lugar, el Artículo 53, numeral 1, literal c del Estatuto de Roma permite que el fiscal archive una investigación cuando, en su criterio, existan razones para creer que, pese a la gravedad del crimen y los intereses de las víctimas, una investigación no causaría interés de la justicia. Como segunda medida, el Artículo 17, numeral 1, literal b del Estatuto de Roma permite inadmitir el conocimiento de un asunto cuando haya sido objeto de investigación por un Estado y este tenga jurisdicción sobre él; de esta forma, se puede equiparar el proceso transicional a un proceso judicial, por lo que no sería necesaria su aparición. La tercera disposición está determinada en el Artículo 16 de la CPI,

según la cual el Consejo de Seguridad puede detener una investigación mediante la adopción de una resolución (Fiscalía General de la Nación, 2012).

Es claro que el Derecho Internacional ha establecido criterios de selección de casos frente a los derechos humanos, el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Penal Internacional e impuso unos límites que impiden al Estado eximir la responsabilidad de los mayores autores de los delitos más graves, pero no impide que se diseñe en el sistema de administración de justicia un esquema gradual de investigación criminal que enfrente a la impunidad, con el fin de mantener la paz en la sociedad (Machado, 2012).

En este orden de ideas, se argumenta que todas las demandas sociales en materia penal, no puedan ser atendidas por la administración de justicia al mismo tiempo y de una forma igualitaria, sin antes tener en cuenta criterios diferenciales, ya que pueden verse vulnerados los derechos tanto de las víctimas como de los responsables investigados. Se puede deducir que no se trata de una dificultad normativa, sino de una problemática de ejercicio práctico y presupuestal; al mismo tiempo, el hecho de seleccionar patrones macrocriminales denota discrecionalidad estatal, lo que hace pensar que con este tema se busca dar la impresión de que es un criterio objetivo de selección de conductas típicas que pasa a ser un instrumento subjetivo.

La dinámica judicial muestra los problemas que no contempló el legislador a la hora de hacer la Ley. Es en los estrados en donde la palabra “justicia” salta a la vista o el aparato judicial queda en deuda cuando va del ejercicio normativo al plano material; por ello, en la experiencia de los tribunales internacionales como Bosnia y Herzegovina, Yugoslavia y Argentina se han creado reglas para priorizar tipos de conductas a investigar y tipos de personas sobre las que debe caer todo el peso del aparato legal y judicial (López Díaz, 2012).

Sin embargo, la unificación de lo que se pretende priorizar resulta problemático; primero, por lo abstracto y complejo del concepto y segundo, por la escogencia de los criterios que se pretenden hacer valer para la investigación y el juzgamiento de personas y de conductas. En lo que coinciden es en determinar criterios objetivos y subjetivos para definir su aplicación, como lo hace la CPI (López Díaz, 2012).

Fundamentos constitucionales de técnicas de priorización sostenidas por la Fiscalía General de la Nación y su revisión constitucional frente al marco para la paz

Los fundamentos constitucionales del criterio de priorización propuesto por la Fiscalía General de la Nación partieron, en primer lugar, el estudio de los fines esenciales del Estado, consagrados en el Artículo 2 de la Constitución Política, y más adelante hallaron respaldo argumentativo en la Sentencia T-406 de 1992 de la Corte Constitucional. Su punto fundamental es la comprensión de que no existe la obligación de cumplir con los fines constitucionales del Estado en un mismo momento, porque puede alcanzar su objetivo determinado en la medida de sus posibilidades; de tal suerte, dosifica sus fuerzas para cumplir con dicho propósito, pues no se orienta a solucionar todos los problemas que aquejan la sociedad, sino a hacer una labor eficaz al atacar los problemas más sensibles de la sociedad y luego solucionar los más sencillos.

El derecho a la igualdad no se ve vulnerado, debido a que con la implementación de esta figura se pretende lograr una mejor atención de las situaciones gravosas que agobian a la sociedad, puesto que la protección de los derechos de las víctimas asegura un trato diferente en relación con la gravedad de los delitos ocasionados. El Estado debe racionar su esfuerzo investigativo para atender todos los procesos de forma escalonada, por lo que la cobertura del servicio de la administración de justicia se hará gradualmente; no se discrimina, sino que se miden los esfuerzos según los criterios expuestos; por ello, la priorización se convierte en garantía, de acuerdo con las condiciones de igualdad que exige la sociedad.

Por otra parte, el derecho de acceso a la administración de justicia no se ve vulnerado, toda vez que se apunta a hacer un uso racional y efectivo de los recursos de investigación. Esto conlleva la utilización de una serie de criterios selectivos que facilita la persecución y el juzgamiento de personas por la comisión de comportamientos delictivos. Se comprende, entonces, que el ejercicio del derecho no es ilimitado para que pueda concretarse en la realidad.

De lo anterior se desprende la facultad que tiene el fiscal general de la Nación de estipular lineamientos operativos que permitan su labor efectiva, por medio de directrices que cumplan la finalidad consagrada en el Artículo 142 de la Ley 906

de 2004, de modo que la actuación del fiscal general propicie políticas para una mejor gestión y, al mismo tiempo, mayor cobertura.

Otro criterio constitucional sostenido por la Fiscalía General de la Nación es su facultad de participar de la política criminal del Estado, por vía de su Artículo 251, numeral 4 y, por último, el Acto legislativo 01 de 2012, “Por medio del cual se establecen mecanismos de justicia transicional en el marco del Artículo 22 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones”.

Lo que hace el Acto legislativo es reafirmar la competencia asignada al fiscal general de la Nación para priorizar los casos de la justicia transicional; en ese orden de ideas, el punto fundamental de la legitimidad de su actuación no depende de un criterio jurisprudencial, sino de la propia ley constitucional, que lo habilita para intervenir frente a los parámetros de política criminal que se desprenden de la justicia transicional y así concretar este instrumento de gestión investigativa con plenas facultades legales en el desarrollo de esta justicia paralela.

Cabe resaltar que la Corte Constitucional se pronunció sobre el Acto legislativo en la Sentencia de Constitucionalidad C-579 de 2013, en la que afirmó:

Constató que la reforma introducida mediante el Acto Legislativo demandado partió de la base de que para lograr una paz estable y duradera es necesario adoptar medidas de justicia transicional. En ese sentido dispuso: (i) la creación de criterios de selección y priorización que permitan centrar esfuerzos en la investigación penal de los máximos responsables de los delitos de lesa humanidad, genocidio o crímenes de guerra cometidos de manera sistemática; (ii) la renuncia condicionada a la persecución judicial penal; y (iii) la suspensión condicional de la ejecución de la pena, la aplicación de penas alternativas, de sanciones extrajudiciales y de modalidades especiales de cumplimiento.

La Corte debía determinar si los elementos de justicia transicional introducidos por el “Marco Jurídico para la Paz” eran incompatibles con el pilar esencial que exige respetar, proteger y garantizar los derechos de la sociedad y de las víctimas; y verificar si el cambio implicaba una sustitución de la Constitución o de alguno de sus ejes fundamentales.

Para llevar a cabo este análisis la Sala Plena partió de reconocer la necesidad de efectuar una ponderación entre diferentes principios y valores como la paz y la reconciliación, y los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y la garantía de no repetición. Consideró que para alcanzar una paz estable y duradera es

legítimo adoptar medidas de justicia transicional, como los mecanismos de selección y priorización.

La Corte estimó que a través de ellos es posible modificar la estrategia de juzgamiento “caso por caso”, tradicionalmente utilizada por la justicia ordinaria, y, en su lugar, acudir a un sistema que permite agrupar las graves violaciones de derechos en “macroprocesos”, e imputarlas a sus máximos responsables. Esto, a su vez, permite cumplir de forma más eficiente con el deber de proteger los derechos de las víctimas del conflicto.

La Sala examinó si la posibilidad de centrar esfuerzos en la investigación penal de los delitos de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra cometidos de manera sistemática, garantiza el cumplimiento de las obligaciones internacionales asumidas por Colombia. Concluyó que en virtud de los instrumentos de Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario, y los pronunciamientos de sus intérpretes, es legítimo que se dé una aplicación especial a las reglas de juzgamiento, siempre y cuando se asegure que como mínimo se enjuiciarán aquellos delitos.

En cuanto a imputar los delitos solo a sus máximos responsables, la Corte consideró que el Estado no renuncia a sus obligaciones por las siguientes razones: (i) la concentración de la responsabilidad en los máximos responsables no implica que se dejen de investigar todos los delitos de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra cometidos de manera sistemática, sino que permite que sean imputados solo a quienes cumplieron un rol esencial en su comisión; y (ii) se contribuye eficazmente a desvertebrar macroestructuras de criminalidad y revelar patrones de violaciones masivas de derechos humanos, asegurando en últimas la no repetición.

También analizó la renuncia condicionada a la persecución penal. Aclaró que la figura se encuentra limitada desde el propio Acto Legislativo, por cuanto no aplica para los máximos responsables de los delitos de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra cometidos de manera sistemática, conforme con los estándares internacionales. Sumado a ello, precisó que la renuncia se revocará de no cumplirse con los requisitos contemplados por la norma. Dentro de estas condiciones se encuentran, como mínimo, la dejación de las armas, el reconocimiento de responsabilidad, la contribución al esclarecimiento de la verdad, la reparación integral de las víctimas, la liberación de los secuestrados y la desvinculación de menores. Finalmente, explicó que la renuncia condicionada a la persecución penal se justifica al ponderar la obligación de investigar, juzgar y en su caso sancionar, con el deber de prevenir futuras violaciones a los derechos humanos en la búsqueda de una paz estable y duradera.

La Corte determinó que los mecanismos de suspensión condicional de ejecución de la pena, sanciones extrajudiciales, penas alternativas y las modalidades especiales

de cumplimiento, no implican por sí solos una sustitución de los pilares esenciales de la Carta, siempre que se encuentren orientados a satisfacer los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición, con observancia de los deberes estatales de investigación y sanción de las graves violaciones de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario.

Finalmente, consideró necesario fijar los siguientes parámetros de interpretación del Acto Legislativo, para que estos sean observados por el Congreso de la República al expedir la Ley Estatutaria que desarrolle el marco jurídico para la paz:

1. El pilar esencial que impone al Estado el deber de respetar, proteger y garantizar los derechos de la sociedad y de las víctimas, exige que todas ellas tengan, como mínimo, las siguientes garantías: (i) transparencia del proceso de selección y priorización; (ii) una investigación seria, imparcial, efectiva, cumplida en un plazo razonable y con su participación; (iii) la existencia de un recurso para impugnar la decisión sobre la selección y priorización de su caso; (iv) asesoría especializada; (v) el derecho a la verdad, de modo que cuando un caso no haya sido seleccionado o priorizado se garantice a través mecanismos judiciales no penales y extrajudiciales; (vi) el derecho a la reparación integral; y (vii) el derecho a conocer dónde se encuentran los restos de sus familiares [...].
3. Tal como se señala en la Constitución, sin perjuicio del deber de investigar y sancionar todas las graves violaciones a los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario, la ley estatutaria podrá determinar criterios de selección que permitan centrar los esfuerzos en la investigación penal de los máximos responsables de todos los delitos que adquieran la connotación de crímenes de lesa humanidad, genocidio o crímenes de guerra cometidos de manera sistemática, objetivo dentro del cual, para la selección de los casos se tendrán en cuenta tanto la gravedad como la representatividad de los mismos.
4. Dada su gravedad y representatividad, deberá priorizarse la investigación y sanción de los siguientes delitos: ejecuciones extrajudiciales, tortura, desapariciones forzadas, violencia sexual contra la mujer en el conflicto armado, desplazamiento forzado y reclutamiento ilegal de menores, cuando sean calificados como delitos de lesa humanidad, genocidio o crímenes de guerra cometidos de manera sistemática.
5. El articulado de la Ley Estatutaria deberá ser respetuoso de los compromisos internacionales contemplados en los tratados que hacen parte del bloque de constitucionalidad, en cuanto a la obligación de investigar, juzgar y en su caso sancio-

nar las graves violaciones a los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario.

6. Dentro del diseño integral de los instrumentos de justicia transicional derivados del marco jurídico para la paz, la Ley Estatutaria deberá determinar los criterios de selección y priorización, sin perjuicio de la competencia que la propia Constitución atribuye a la Fiscalía para fijar, en desarrollo de la política criminal del Estado, los criterios de priorización.
7. Para que procedan los criterios de selección y priorización, el grupo armado deberá contribuir de manera real y efectiva al esclarecimiento de la verdad, la reparación de las víctimas, la liberación de los secuestrados y la desvinculación de todos los menores de edad.”
8. El mecanismo de suspensión total de ejecución de la pena, no puede operar para los condenados como máximos responsables de los delitos de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra cometidos de manera sistemática.
9. Se debe garantizar la verdad y revelación de todos los hechos constitutivos de graves violaciones a los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario, a través de mecanismos judiciales o extrajudiciales como la Comisión de la Verdad (p. 3).

En conclusión, la Corte Constitucional legitimó el concepto de priorización, pero lo ajustó a los parámetros constitucionales definidos dentro de su jurisprudencia. Aunque se piense que la Sentencia C-579 de 2013 se refiere al marco de justicia para la paz, la Directiva 0001 (Fiscalía General de la Nación, 2012) la menciona como un texto normativo que faculta al fiscal general de la Nación para su creación y aplicación; por ello, resulta pertinente que las consideraciones expresadas en dicha Sentencia sean tenidas en cuenta por la Fiscalía General de la Nación para hacer que esta política de investigación sea constitucional. De lo contrario, sería una normatividad desconocedora de las exigencias fundamentales de la Carta Política.

El principio de priorización desde la representación judicial de las víctimas

El objetivo primordial de la justicia transicional con la Ley de Justicia y Paz, no es otro que alcanzar la paz, para lo cual debe identificar un punto medio entre la actividad punitiva del Estado sobre los victimarios que se entregan para cumplir

una sanción alternativa por la vulneración de los bienes jurídicos dentro del conflicto armado interno y los derechos de las víctimas en tal contexto.

El sacrificio que comportaba la pena alternativa se expresaba bajo las palabras: verdad, justicia y reparación.

La justicia transicional no es una especie de justicia desde el concepto filosófico de lo que ella significa; es un marco jurídico que permite pasar de una situación de violencia generalizada a una de paz, cuyo parámetro fundamental es el ejercicio del Derecho, con la finalidad de restablecer las condiciones de paz.

En ese marco jurídico se entrelazan los derechos fundamentales de victimarios y de víctimas. Los primeros buscan una pena alternativa que les brinde la posibilidad de conseguir la libertad en menos tiempo que el señalado en la justicia ordinaria, a cambio de contar la verdad sobre todos sus crímenes; entregar información que permita corroborar su versión y especificar los lugares en donde han delinquido, las formas como desarrollaron su actividad delincencial y las fosas donde posiblemente se hallen los restos de los desaparecidos; entregar los bienes conseguidos como consecuencia de sus actividades delictivas; pedir perdón a las víctimas y garantizar que lo acontecido no se va a repetir.

En cuanto a los segundos, el Estado y los victimarios deben respetar su derecho a la verdad, entendido como el conocimiento de todas las situaciones que originaron la comisión de los delitos ejecutados por grupos al margen de la ley y a saber el paradero de las víctimas del delito de desaparición forzada. Las víctimas ejercen este derecho de forma individual y la sociedad, de modo colectivo. Por ello, en la Ley 975 de 2005 y en la Ley 1448 de 2011 se habla de una realidad histórica que garantice que los miembros de la sociedad puedan conocer las graves violaciones de derechos humanos que acontecieron dentro del conflicto y su solución por medio de monumentos, escuelas, bibliotecas u otros símbolos que representen dicha realidad e impliquen la posibilidad de evitarlo.

La reparación comprende acciones que propendan por la restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y las garantías de no repetición de las conductas y la justicia inherente al deber de hacer una investigación efectiva, conducente a la identificación, captura y sanción de las personas responsables de los delitos cometidos por los grupos armados al margen de la ley.

El conflicto armado interno ubica a las víctimas en una especial situación de vulnerabilidad que el Estado colombiano no puede desconocer a la hora de

aplicar la priorización. La principal preocupación ante la Directiva que la origina es su grado de discrecionalidad, pues en ella se observan principios específicos que regulan el derecho fundamental al acceso a la administración de justicia, al carecer de un procedimiento expedito que permita a la víctima oponerse a la facultad otorgada a la Fiscalía. De esta forma, sí se comete una vulneración efectiva de sus derechos fundamentales.

Si se observa con detenimiento el criterio de priorización, se aprecia como un parámetro de selectividad para las víctimas, pues ellas tienen que luchar contra su exclusión de los patrones de macrocriminalidad señalados por la Fiscalía General de la Nación antes de llegar a los despachos judiciales. Así, carecería de legitimidad para actuar jurídicamente quien no esté dentro de los lineamientos establecidos por tales criterios (el campesino extorsionado, a quien le robaron su ganado, el amenazado). Esto se evidencia en el Plan de acción de casos a priorizar por la Unidad Nacional de Fiscalía para la Justicia y la Paz (Fiscalía General de la Nación, 2013; 2014) en el cual se encuentra que los delitos sobre los que se priorizará establecen seis patrones de macrocriminalidad desde el parámetro objetivo, que comprenden: homicidios, desaparición forzada, secuestro, reclutamiento ilícito, desplazamiento forzado, violencia de género y casos de connotación, palabra que en sí conlleva ambigüedad.

Entonces, las preguntas que surgen son: ¿cuántas conductas delictuales no serían investigadas? ¿Cuándo serían investigadas las conductas excluidas, por ejemplo, la extorsión?

Los máximos cabecillas de estos grupos al margen de la ley tendrán una corta sentencia y saldrán pronto a disfrutar de los beneficios de la pena alternativa, pero, después de ella, ¿qué pasará con la verdad? Los miembros de menor rango de estas organizaciones no seguirán colaborando con la finalidad de establecer la verdad sobre los hechos que determinaron el conflicto armado, debido a que sus hechos no tienen las características señaladas en los patrones de macrocriminalidad, lo que originará impunidad.

Además, la justicia no será para aquel que está determinado como víctima en una ley, sino en un criterio de priorización.

Conclusiones

1. La priorización puede ser comprendida como una nueva forma de investigación, como un criterio de investigación criminal y como un criterio de política criminal.
2. La priorización es un criterio de racionalización de la investigación, con el que se pretende escoger los comportamientos penales —cometidos en el marco del conflicto armado interno— por parte de la Fiscalía General de la Nación dentro del marco de la justicia transicional, con el objetivo de enfocar los esfuerzos humanos, logísticos y técnicos que permitan juzgar las conductas más graves en el contexto del conflicto, los máximos responsables de las estructuras organizadas de los grupos y las conductas de mayor impacto social.
3. La priorización obedece a la selección de comportamientos que se observan como factores de macrocriminalidad, para la cual se contemplan criterios objetivos, subjetivos y complementarios, con la finalidad de categorizar los comportamientos más graves cometidos en el contexto del conflicto armado interno.
4. El estudio de las conductas penales será delimitado por patrones de macrocriminalidad, en la que desaparecerá el estudio de casos y será una labor de análisis de contexto, en la que se estudian situaciones que conectan a todos los comportamientos de los grupos armados como una industria de criminalidad organizada y profesional que delinque en una realidad económica, social, política y administrativa; por ello, se habla de macrocriminalidad y se concluye que con la investigación que se pretende desarrollar bajo los criterios de priorización se procura una nueva forma de combatir las organizaciones criminales más complejas.
5. Se apunta a aplicar la priorización tanto en la justicia ordinaria como en la transicional; en la primera, se busca enfocar los esfuerzos en las estructuras de delincuencia organizada sin olvidar la utilización del principio de oportunidad y las salidas alternas de solución de conflictos como criterio de priorización; fuera de esto, su aplicación es más compleja, pues su investigación debe hacerse a organizaciones cerradas, herméticas, que no tienen beneficios frente a la administración de justicia; en el segundo, el ejercicio investigativo

- es más sencillo pues se parte de la versión del procesado y del testimonio de la víctima para generar el contexto de las estructuras organizacionales, su financiación, las actividades delictuales o, si se puede decir, su oferta de servicios de comportamientos delictivos y sus contactos internacionales.
6. El Acto legislativo 01 y la Directiva 0001 de 2012 deben acoplarse a lo manifestado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-579 de 2013, para que su aplicación sea acorde con los postulados constitucionales y sea un criterio transparente, objetivo e igualitario frente a los derechos de las víctimas; lo lógico es que su aplicación sea reglamentada por una ley estatutaria, pues limita derechos fundamentales y no se quede en directivas que parecen más órdenes discrecionales que parámetros constitucionales y democráticos.
 7. Lo positivo de la aplicación de la figura en estudio consiste en endilgar a los cabecillas de las organizaciones criminales la responsabilidad penal de los crímenes más graves en el contexto del conflicto armado y en ofrecer una mejor contextualización que posibilite conocer la verdad histórica de lo acaecido desde el año 1985 hasta el momento.
 8. El peligro más preocupante de la aplicación de esta figura es la impunidad, porque la escogencia de patrones macrocriminales deja por fuera comportamientos violatorios de los derechos humanos y del Derecho Internacional Humanitario que tienen gran significado dentro del contexto del conflicto armado interno y supuestamente serán investigados de modo gradual.
 9. El criterio de priorización selecciona a las víctimas, lo que lleva a que los postulados de verdad, justicia y reparación no sean cumplidos con efectividad. Hasta el momento, la normatividad que respalda la figura no cuenta con procedimientos que garanticen los derechos de la víctima y los lleva a discrepar de la selección de los patrones de macrocriminalidad escogidos por el ente instructor.

Priorización y contexto

Esta nueva forma de gestión de la investigación, que se nos revela con el nombre de priorización, tiene su asiento en la transformación de los criterios de averiguación de los delitos, pues al seleccionar tipos de actividades delictivas y considerarlas más graves que otras para enfocar sus esfuerzos en las primeras, se requieren parámetros definidos que delimiten su marco de aplicabilidad como delitos de mayor trascendencia; a estos se les denominará delitos complejos y los criterios que ilustran su categoría se concretan en el impacto público del hecho, en el reto de la investigación frente a conductas que exigen un mayor esfuerzo investigativo y en el traumatismo que causa a la administración de justicia penal.

Otro factor incidente es el tipo de organizaciones que, por su profesionalidad en el desarrollo del delito, develan la materialización de una industria criminal observable desde la jurisdicción ordinaria por las vulneraciones fundamentales a los derechos humanos y al Derecho Internacional Humanitario concretado en la macrocriminalidad (Ramelli, 2013).

El análisis del delito complejo requiere un soporte descriptivo de la realidad que precise la forma en la que las organizaciones criminales realizan sus actividades, a partir de patrones sociales, históricos, antropológicos y otros que influyen la materialización de las conductas criminales; a esta realidad se le denomina contexto (Barbosa Castillo y Bernal Pulido, 2015).

El contexto permite conectar los casos aislados que ocurren en la sociedad y que, al tener un patrón de comportamiento se pueden enlazar con la forma en la que actúan las estructuras organizadas criminales, de modo que se posibilita corroborar su operatividad, el escenario en el que se concreta, la manera en que golpea a la sociedad y los intereses económicos que involucra; por ello, se habla de criminalidad transnacional, pues el delito deja de verse como acto aislado y se convierte en un fenómeno criminal globalizado que causa diversos daños a bienes jurídicos en varios sectores geográficos (Albrecht, 2001; Sánchez Herrera, 2013).

Sánchez Herrera (2013) señala:

Es importante considerar un elemento fundamental la permanencia en el tiempo de la asociación delictiva, que determine la estabilidad y la estructura organizativa de los concertados. Los vínculos de estabilidad entre los miembros de la asociación criminal están presupuestos por la distribución de competencias, roles y tareas que les incumbe en preparación y ejecución de los reatos. Ello permite estipular ciertos órdenes que puedan venir predeterminados horizontal y verticalmente en la estructura de la empresa criminal (p. 29).

En relación con la macrocriminalidad o los delitos transnacionales, el profesor Ramelli Arteaga (2013) se refiere a la finalidad del concepto de contexto con las siguientes palabras:

La creación de contextos persigue: (i) conocer la verdad de lo sucedido; (ii) evitar su repetición; (iii) establecer la estructura de la organización delictiva; (iv) determinar el grado de responsabilidad de los integrantes del grupo y de sus colaboradores; (v) unificar investigaciones con el fin de esclarecer patrones de conductas, cadenas de mando fácticas y de iure; (vi) emplear esquemas de doble imputación penal (p. 91).

Así las cosas, el objetivo de la priorización es la selección de conductas sobre las cuales la Fiscalía enfocará sus esfuerzos humanos y logísticos en la lucha de la criminalidad frente al desarrollo de una política criminal que le permita observar al delito como una situación concreta, en la que se presentan multiplicidad de comportamientos delictivos y no como un estudio de casos; la Unidad de Análisis y Contexto⁵, por medio de un grupo interdisciplinario de analistas, describe los

5 Creada por la Resolución 1810 del 4 de octubre de 2012, "como instrumento de política criminal enfocada a enfrentar principalmente fenómenos de delincuencia organizada, mediante el uso de herramientas de análisis criminal y análisis de contexto, con el objeto de articular la información aislada que actualmente se encuentra en las diversas unidades de Fiscalía".

planos reales en lo que se ejecuta el acontecer delictual, para concretar la finalidad de esta política: llegar a las cabezas de las organizaciones de los fenómenos macrocriminales. El Decreto 3011 de 2013 se encarga de definir lo que se entiende por contexto⁶, así como el significado de macrocriminalidad⁷. Impone al fiscal del caso el deber de investigar a partir de un plan metodológico que determine los patrones de macrocriminalidad de acuerdo con el plan de investigación priorizada, con el fin de establecer el contexto con la colaboración del procesado quien, con su versión, señala el lugar, los hechos y el modo en el que se desarrollaron las conductas establecidas en los patrones de macrocriminalidad, así como los responsables que colaboraron con la materialización del injusto. Su versión debe ser corroborada con la actividad investigativa y con base en ello, el fiscal imputa, para hacer la audiencia de aceptación de cargos, y notifica a las víctimas clasificadas dentro de los patrones de macrocriminalidad para que participen del trámite judicial y realicen la audiencia de identificación de afectaciones causadas, la cual pretende desarrollar el contenido de reparación por sus derechos vulnerados. Luego el juez emite sentencia, tras establecer el contexto y los patrones de macrocriminalidad indicados por el acusador, en el entendido de su ejercicio en la justicia transicional. Otra definición legal del contexto se halla en la Directiva 001 de 2102, así:

Marco de referencia de aspectos esenciales acerca de elementos de orden geográfico, político, económico, histórico y social en el cual se han perpetrado delitos por parte de grupos criminales, incluidos aquellos en que servidores públicos y particulares colaboran con aquellos. Comprende una descripción de la estrategia de la organi-

6 "Artículo 15. Definición de contexto. Para efectos de la aplicación del procedimiento penal especial de justicia y paz, el contexto es el marco de referencia para la investigación y juzgamiento de los delitos perpetrados en el marco del conflicto armado interno, en el cual se deben tener en cuenta aspectos de orden geográfico, político, económico, histórico, social y cultural. Como parte del contexto se identificará el aparato criminal vinculado con el grupo armado organizado al margen de la ley y sus redes de apoyo y financiación".

7 "Artículo 16. Definición de patrón de macrocriminalidad. Es el conjunto de actividades criminales, prácticas y modos de actuación criminal que se desarrollan de manera repetida en un determinado territorio y durante un periodo de tiempo determinado, de los cuales se pueden deducir los elementos esenciales de las políticas y planes implementados por el grupo armado organizado al margen de la ley responsable de los mismos. La identificación del patrón de macrocriminalidad permite concentrar los esfuerzos de investigación en los máximos responsables del desarrollo o realización de un plan criminal y contribuye a develar la estructura y modus operandi del grupo armado organizado al margen de la ley, así como las relaciones que hicieron posible su operación. La identificación del patrón de macrocriminalidad debe buscar el adecuado esclarecimiento de la verdad sobre lo ocurrido en el marco del conflicto armado interno, así como determinar el grado de responsabilidad de los integrantes del grupo armado organizado al margen de la ley y de sus colaboradores".

zación delictiva, sus dinámicas regionales, aspectos logísticos esenciales, redes de comunicación, entre otros (Fiscalía General de la Nación, 2012).

Es preciso aclarar que este modelo de investigación ha venido desarrollándose en los últimos años. Para la justicia ordinaria, su implementación debe ser estratégica y operacional, pues su materialización recae en combatir con más esfuerzo a las organizaciones criminales nacionales e internacionales, así como a la delincuencia organizada ordinaria y a los patrones de violencia cultural discriminatoria que afectan gravemente los derechos fundamentales.

Antecedentes de la denominación de contexto

Los antecedentes de la denominación de contexto tienen como fuente principal a los juicios de Núremberg, Tokio, los tribunales *ad hoc* de Yugoslavia, Ruanda y en especial al Derecho Penal Internacional instituido en el Estatuto de Roma. En dicho instrumento, el concepto de contexto está ligado a los delitos de lesa humanidad y guerra como elementos sistemáticos, lo que implica que, de no existir, dejaría sin tipicidad al delito que pretenda acusar el Estado y tales conductas serían valoradas con otro tipo de normas de naturaleza penal. Esta diferenciación es trascendente, puesto que es fundamental para atribuir la responsabilidad penal en relación con los crímenes de sistema.

La importancia de estudiar el contexto tiene su origen en la forma como se desarrolló el accionar de la Segunda Guerra Mundial, debido a los procedimientos utilizados por el nazismo y sus aliados para efectuar un sinnúmero de violaciones de derechos humanos de judíos, gitanos, eslavos y otros que, por su diferencia política, sexual y religiosa, sufrieron vejámenes que evidenciaban manifestaciones xenofóbicas concretadas en campos de concentración, cámaras de gas, utilización de experimentos biológicos y esterilización de personas con trastornos mentales, entre otros (Owen, 2006).

En tal sentido, el Derecho se ampara en el significado de la historia, porque reconstruye la verdadera transcendencia del delito y sus consecuencias; por ello, la importancia del contexto está en unir todos los delitos cometidos por un aparato de poder y una organización criminal para comprenderlos en su verdadera extensión y hacer un juicio de reproche justo frente a la política sistemática del objetivo propuesto por las organizaciones criminales.

Barbosa (2014) manifiesta que la relevancia del contexto consiste en que describe la riqueza real de “las circunstancias, acontecimientos, intereses, antecedentes y consecuencias que permiten dimensionar su verdadero alcance y significación” (p. 352), de forma que la perpetración de un delito que pueda ser considerado como ordinario alcance una connotación de macrocriminalidad, criminalidad organizada o sistemática (Barbosa, 2014, p. 352).

En los tribunales de Yugoslavia y Ruanda, el concepto de contexto sirvió para entender el significado del conflicto. Recordemos que para el Derecho Internacional de los Conflictos Armados la guerra es un derecho de cada Estado, pero cuando ella se origina por razones injustas⁸ —discriminación, segregación, xenofobia, ambición, aniquilación y perpetración de vejámenes humanos—, se posibilita el castigo de la humanidad al perpetrador de dichos comportamientos (Valencia, 2013). En estos tribunales, el contexto permitió el reconocimiento de los patrones sistemáticos de violencia generada por las organizaciones criminales. Es pertinente entender que el contexto sirve para probar la responsabilidad penal de una organización criminal en cada persona que la conforma y, para eso hay varias teorías, entre las que sobresale la de la Empresa Criminal Conjunta (Valencia Villa, 2013).

Otra dimensión del significado de contexto se puede encontrar en los tribunales de justicia de derechos humanos, Tribunal Europeo y Corte Interamericana de Derechos Humanos, en los que los antecedentes del caso establecen indicios graves de responsabilidad estatal por el incumplimiento de las convenciones de derechos humanos en su jurisdicción, debido a graves violaciones provocados por ellos ya sea por acción u omisión.

Por último, el estudio del contexto permite establecer la verdad de lo acontecido, lo que constituye un estándar de justicia respecto a la justicia transicional. Barbosa y Bernal (2015) citan a Quinche (2009) para respaldar su argumentación referente a la sentencia de la CIDH del caso Myirna Mak contra Guatemala, en la que se manifiesta la importancia de la verdad como medio importante para la reparación (Valencia, 2013).

.....
8 Valencia Villa (2013) afirma: “La teoría de la guerra justa es una de las tradiciones a las que más se recurre para justificar la legitimidad de la guerra. Tiene un importante desarrollo desde la antigüedad hasta nuestros días, las llamadas nuevas guerras han encontrado en esta teoría razones para su justificación bajo los argumentos entre otros del derecho a la legítima defensa, la agresión indirecta, las guerras punitivas, la guerra preventiva y la intervención humanitaria” (p. 31).

Los antecedentes del término contexto demuestran que puede ser entendido como elemento de crímenes de sistema, método de investigación y como indicio.

Conceptualización de contexto como elemento de crímenes de sistema, método de investigación, medio de prueba, prueba y como indicio

Elementos de crímenes de sistema

Este panorama nos permite inferir las aproximaciones conceptuales sobre las que podemos identificar la palabra contexto. Podemos entenderlo como un elemento normativo del tipo penal, pues en el Derecho Penal Internacional, en particular en el Estatuto de Roma, se observa como una de las características de los delitos de sistema el establecimiento de un contexto, para comprender el comportamiento criminal de un aparato organizado de poder u organización criminal, encargada del desarrollo de una violencia sistemática que tiene como hecho global la vulneración de los valores que engendra el Derecho Internacional Humanitario y los derechos humanos, lo que conlleva la materialización de los delitos de sistema⁹. Ejemplo de lo anterior se aprecia en el delito de genocidio. Su cuerpo legal distingue una serie de formas para concretar la conducta cosa que, de no probarse, dejaría atípico el comportamiento, como se puede notar en el Artículo 6 del Estatuto de Roma, en el que se señala:

(1) Matanza de miembros de grupo, (2) lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo, (3) sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física total o parcial, (4) medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo, y (5) traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo.

Este conjunto de maneras en las que se puede presentar la conducta son circunstancias o elementos de violencia sistemática conectadas con el elemento subjetivo que posee el tipo, al manifestar que el autor “haya tenido la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal”, lo que en últimas, delimita el contexto, sin necesidad de decirlo expresamente. Se debe probar que el autor ha promovido su conducta bajo cualquiera de

.....
9 Por delitos de sistema se entienden el genocidio, los crímenes de guerra y de lesa humanidad.

estos supuestos con dicha intención; así lo manifiesta Martínez (2013) al tomar como referencia a Naciones Unidas (2002) cuando expresa: “Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de una pauta manifiesta de conducta similar dirigida contra ese grupo o haya podido por sí misma causar esa destrucción” (p. 13). Sin embargo, Kai Ambos (2004) refiere que este no es un elemento necesario del tipo y puede ser un factor importante para probar la intención especial del autor.

En relación con los crímenes de guerra, el elemento de contexto está considerado “En particular cuando se cometan como parte de un plan o política de o [...] de la comisión en gran escala de tales crímenes” (Ambos, 2004, p. 82); de acuerdo con lo preceptuado en el Artículo 8 del Estatuto de Roma. Desde este aspecto, el contexto debe plantearse en un conflicto armado internacional o interno y eliminar los disturbios, motines, actos esporádicos y aislados de violencia (Martínez Osorio, 2014).

La definición y los elementos del conflicto armado han evolucionado. Ahora por este se entiende la “recurrencia de la fuerza armada entre dos Estados, o a la violencia armada prolongada entre autoridades y grupos organizados, —o entre estos últimos entre sí—, dentro del territorio de un Estado” (Guerrero, 2010, pp. 22-23). Este concepto se extrae del caso Tadic, conocido por el TPIY y trae como elemento novedoso la posibilidad de una confrontación entre grupos organizados de un Estado parte y el requerimiento de que uno de esos grupos controle una parte del territorio del Estado. Guerrero (2010) expresa:

Siguiendo a Olasolo se puede concluir que de acuerdo con la jurisprudencia del TPIY, tienen la condición de conflicto armado todas aquellas situaciones de enfrentamiento entre fuerzas armadas gubernamentales y grupos armados de oposición —o entre estos últimos entre sí— que actúen bajo un mando responsable, tengan un sistema disciplinario interno, y posean la estructura interna y la capacidad logística y operacional necesaria para mantener un cierto nivel de violencia armada durante un cierto periodo de tiempo mediante el desarrollo de operaciones de manera concertada (pp. 22-23).

Asimismo, reitera los requisitos para aplicar el Derecho Internacional Humanitario: estructura jerarquizada, existencia de un control en la aplicación del DIH, intensidad y duración de la confrontación militar (lo que implica entenderlo como “violencia armada prolongada”), se puede asumir por grupo armado aunque expresamente no se señale en el caso como “grupo de personas que

están dentro de una estructura, una cadena de mando, una normatividad interna, y un conjunto de símbolos dirigidos a expresar externamente la autoridad de sus miembros” (Guerrero, 2010, p. 23) .

En los casos Fiscal contra Tihomir Blaskic, sentencia proferida el 3 de marzo de 2000¹⁰ y Fiscal contra Germain Katanga y Mathieu Ngudjolo Chui, se señala como contexto el reconocimiento de un conflicto armado y se pueden imputar los crímenes de guerra; luego delimita los elementos requeridos para probar tal crimen:

(1) Ataque ilegal contra civiles (cargo 3); el ataque contra bienes de carácter civil (cargo 4). (2) Existencia entre el conflicto armado y los crímenes alegados y (3) Conocimiento por los autores de los crímenes de las circunstancias de hecho que establecen la existencia de un conflicto armado (Ramelli, 2011, p. 341).

Andreas Forer (2013)¹¹, en alusión al caso Tomas Lubanga Dyilo, expresa que el tribunal de primera instancia se valió del concepto de contexto para determinar los límites geográficos y temporales del conflicto armado, conocer sus causas y motivos, acreditar su naturaleza y sus condiciones relativas de existencia, establecer la responsabilidad penal de Thomas Lubanga y acreditar el dolo de segundo grado, con una serie de elementos materiales probatorios que les permitieran armar el contexto y concluir que el procesado era culpable del delito de reclutamiento forzado, motivado sobre todo por rivalidades culturales y disputas de territorio. En Colombia, en el fallo en contra de los procesados José Rubén Tobón Peña, Wilmer Moreno Castro y José Manuel Hernández Calderas, se profirió el primer fallo por violencia sexual en crímenes de guerra o violencia sexual en el contexto del conflicto armado (Bernal Acevedo, 2013). Los sentenciados se valieron de su poder como miembros de las AUC para obligar a Diana Carolina Castilla Zuleta y Luz Mary Reyes (menor de edad) a tener relaciones sexuales con Peña Tobón y alias Tom a cambio de la liberación de sus parejas, quienes

10 Pueden verse: Radicado: IT-95-14-T. Fiscal Vs Tihomir Blaskic, sentencia proferida el 3 de marzo de 2000 por la Sala de Primera Instancia del TPIY; Fiscal. Vs Germain Katanga y Mathieu Ngudjolo Chui (situación de la República Democrática del Congo).

11 Forer (2013) formula tres preguntas: ¿Cuál fue el contexto de los crímenes cometidos por Lubanga? ¿Cómo se construyó y acreditó el contexto? ¿Para qué sirvió el contexto configurado por la Sala de Primera Instancia?, con el objeto de observar la responsabilidad de Thomas Lubanga de los delitos de reclutamiento forzado.

fueron asesinados por el Bloque Vencedores de Arauca al que pertenecían (Bernal Acevedo, 2013). Bernal (2013) expresa:

La colegiatura señala expresamente en el proveído, que ninguna duda se ofreció respecto de la comprobación de: (i) la existencia de un conflicto interno armado en Colombia, trabado entre organizaciones subversivas y paramilitares, (ii) las que en sus propósitos de expansión, han sometido a la población civil ajenas a las hostilidades a graves, sistemáticas y generalizadas violaciones de sus derechos humanos.

Para la Sala también fue claro que el accionar del Bloque Vencedores de Arauca se dio dentro del contexto de un conflicto armado imperante en el país, concentrando sus ataques generalizados y sistemáticos en contra de la comunidad ajena al conflicto, lo que resulta fácilmente sustentable si se tiene en cuenta que las 2.113 víctimas reportadas del referido bloque paramilitar pertenecen en su totalidad a la población civil y solo se cuentan con registros de 16 enfrentamientos entre esta estructura armada ilegal y la subversión a quien señala no obstante de ser su enemigo natural (p. 71).

Respecto a los crímenes de lesa humanidad, el Artículo 7, numeral 1, del Estatuto de Roma determina que el hecho delictivo debe ser “cometido como parte de un ataque generalizado o sistemático, contra una población civil” (Ambos, 2004, p. 59) y que se produzca conforme a la política de un Estado o de una organización, como lo menciona Martínez Osorio (2014) acerca de la sentencia Fiscal contra Gbagbo, de 2014.

Para ilustrar el significado de contexto, proponemos el caso Eichmann¹² (Ramelli, 2011), que guarda relación con el plan de Adolf Hitler denominado “la solución final”, en el que el tirano, a nombre del pueblo nacional socialista, diseña un procedimiento sistemático que tiene por finalidad destruir al pueblo judío radicado en Europa. Este propósito estaba delegado a funcionarios e instituciones del Estado nacional socialista, evidenciado en documentos que corroboran la sistematicidad del comportamiento estatal y su evolución progresiva¹³ (Owen, 2006).

12 En el asunto Eichman, el acusado, Otto Adolf Eichman, debió responder por infracciones bajo el imperio de la Ley 5710 de 1950, relativa al castigo de los nazis y sus colaboradores por haber participado en la ejecución del plan “Solución final al problema judío”.

13 “La gente que había bajado de los camiones —hombres, mujeres y niños de todas las edades— debía desnudarse de acuerdo con las órdenes de un oficial de las SS, que llevaba una fusta para perros o caballos, y colocar la ropa en los lugares designados según fueran zapatos, prendas externas o ropa interior... Sin gritos ni lloros,

El plan puede establecerse de la siguiente forma: primera etapa, “erradicación de la influencia judía”, consistente en una serie de medidas legislativas y administrativas que pretendían hacer emigrar al pueblo judío de Europa. La segunda etapa, la “solución territorial”, era la continuación de la etapa previa y la concreción del traslado judío a territorios específicos (Madagascar), para concentrarlos en grupos humanos y deportarlos radicalmente a zonas bajo el dominio alemán, con la intención de situarlos en lugares en condiciones extremas que les dificultaran la supervivencia; tercera etapa, “plan Siberia”, suponía trasladar al pueblo judío a Siberia para que no sobrevivieran en condiciones geográficas difíciles; cuarta etapa, “aniquilación de los judíos tras el frente oriental” y quinta, “exterminio” del pueblo judío europeo en las cámaras de gas (Rafecas, 2012). Arendt (2011) las define en objetivos: expulsión, concentración y exterminio del pueblo judío.

Así las cosas, el contexto, como elemento de los crímenes de sistema asimilable a un factor normativo del tipo penal, nos permite asumirlo como un componente que basa su estructura en la sistematicidad, lo que posibilita hablar de contexto de “conflicto armado” cuando nos encontramos en los crímenes de guerra o de un ataque dirigido a una población civil en el que exista una política estatal o de una organización para hacerla efectiva. La consecuencia de no probar el elemento de contexto es la atipicidad de la conducta.

Contexto como método de investigación

La revisión del contexto puede verse como un método de investigación de “análisis y contexto”, debido a que escapa al paradigma tradicional establecido por las legislaciones internas, en el cual se observan, caso por caso, las situaciones que vulneran normas del Código Penal, de tal forma que los delitos se toman como situaciones aisladas que no guardan relación entre sí.

esas personas desnudas permanecían de pie, reunidos por familias, mientras se besaban, se despedía y esperaban la señal de otro oficial de la SS que se encontraba cerca de la fosa y que también blandía una fusta. Durante los quince minutos que permanecí allí no oí que nadie se lamentara ni suplicara piedad. Vi a una familia de ocho miembros... Una anciana de pelo cano sostenía en brazos a un niño de un año; le cantaba y le hacía cosquillas... El padre cogía de la mano a un niño de cinco a diez años mientras le hablaba con dulzura, y el chico trataba de contener las lágrimas. El padre señaló el cielo, le acarició la cabeza y pareció que le explicara algo. En ese mismo momento, el oficial de las SS del montículo gritó algo a su colega y le dio instrucciones para que los llevara detrás del montículo. Rodeé el montículo y me topé con una enorme tumba. Las personas yacían unas sobre otras de manera que sólo se les veía la cabeza. A casi todas les caía la sangre de la cabeza por los hombros. Algunos aún se movían... Hermann Grabe, testigo en Nuremberg” (Owen, 2006, p. 1).

El cambio de paradigma implica un método que enlace los fenómenos delictuales que suceden en un determinado territorio, a partir de patrones criminales que brinden la posibilidad al investigador de conectarlos bajo parámetros lógicos e identificar a la organización criminal, desde sus cabecillas hasta los mandos medios y bajos, sus colaboradores y financiadores; entender su operatividad y la forma como desarrollan su comportamiento delictivo y la transformación de los capitales obtenidos con la ejecución de los delitos en la producción de bienes y servicios legales en los mercados nacionales e internacionales.

Con este método se identifican los tipos de mercados ilegales en los que actúan y la forma como permean la economía legal con sus capitales, de tal suerte que se puede establecer, a ciencia cierta, cuáles son las consecuencias de sus actuaciones en la sociedad y el daño causado y, por otra parte, se puedan señalar las conexiones de estas organizaciones con otras internacionales, al comprender que su accionar tiene implicaciones directas en otros mercados y en otras organizaciones ilegales globales.

La metodología de investigación propone enfrentar el fenómeno de la criminalidad organizada en un plan estratégico basado en la priorización de conductas penales como parámetro para enfocar los esfuerzos investigativos, el establecimiento de un contexto que le permita comprender la forma como opera la organización criminal en una región determinada y los factores económicos, sociales, políticos y antropológicos que facilitan su operatividad.

El contexto es todo lo que rodea a la actividad criminal. Es el “antes” de la conducta criminal y, al mismo tiempo, es la explicación completa de la materialización de los delitos, lo que lleva al investigador a observar este fenómeno como un comportamiento conexo, con implicaciones específicas en grupos sociales, desde una explicación que sirva para hallar a las cabezas de las organizaciones criminales.

La finalidad de este modelo de investigación se concreta en un plan estratégico: “(i) Hacer frente al fenómeno de masividad de los crímenes cometidos en el contexto de conflicto armado interno; y (ii) Demostrar las conexiones existentes entre las diversas manifestaciones del crimen organizado y distintos estamentos de la sociedad colombiana” (Martínez Osorio, 2014, p. 5).

En el plano operativo, pretende:

[...] investigar las conductas delictivas ya no como hechos aislados o inconexos sino como el resultado del accionar de organizaciones delictivas dentro de un determinado contexto. Se pretende, entonces, que la adopción progresiva del nuevo sistema de investigación penal posibilite superar el paradigma tradicional de investigación centrado únicamente en la resolución del caso en concreto (Martínez Osorio, 2014, pp. 5-6).

Los objetivos de esta metodología de investigación son tres:

(i) Persecución de los máximos responsables en la comisión de crímenes de sistema, perpetrados por aparatos organizados de poder, a efectos de conocer la verdad de lo sucedido, evitar su repetición y propender por la reparación. (ii) La investigación y desmantelamiento de organizaciones delictivas responsables de múltiples delitos ordinarios; y (iii) En el caso de los delitos no perpetrados por organizaciones delictivas el nuevo sistema apuntará, en especial, a combatir patrones culturales discriminatorios y graves vulneraciones de los derechos fundamentales (Martínez Osorio, 2014, p. 6).

Este tipo de investigación tiene su centro en el análisis de la lógica de la organización criminal (lógicas de acción colectiva) y sirve de base para hacer las imputaciones penales, al propiciar el reconocimiento de patrones de comportamiento criminal de la organización, cuyo fundamento es la división de trabajo entre determinado y determinadores, la subordinación y el acceso diferenciado a la información, lo que permite encontrar los puntos de conexión entre perpetradores materiales de los hechos y quienes emitieron la orden o la política sistemática para hacerlas (Martínez Osorio, 2014).

Investigación frente a los crímenes de sistema

Los supuestos que se desprenden de este método de investigación, relacionados con los crímenes de sistema¹⁴, se concretan en: 1) estos tipos de crimen los hace una estructura u organización (Estado, insurgencia o paramilitarismo); 2) inversión del paradigma tradicional de investigación, de forma que el fiscal describa el acto criminal concreto y no solo sus resultados, analice el funcionamiento de los elementos de la maquinaria y entienda a la organización como una máquina en la que cada parte cumple una función que materialice su objetivo; 3) los crímenes de sistema deben estudiarse globalmente, no como hechos aislados, sino como

.....
14 Martínez Osorio (2014) los toma de Seils y Wierda.

sucesos conexos que guardan relación entre sí y da prevalencia a los procedimientos adoptados por la organización más que a sus resultados.

En esta modalidad, resulta insuficiente la metodología de los investigadores de centrar el esfuerzo en la búsqueda de información basado en la escena del crimen y el análisis forense, pues con ello se podría establecer la intervención de los determinados pero no necesariamente la de los determinadores; por lo tanto, en este tipo de sistemas criminales es fundamental que la actividad investigativa se apoye en otras técnicas con la finalidad de encontrar información como “el mapeo del universo de sospechosos y de víctimas; la determinación del contexto sociohistórico de los hechos; la caracterización de contextos locales y dinámicas de violencia; y el análisis de información documental, tanto pública como reservada” (Martínez Osorio, 2014, p. 21), además de la identificación de patrones criminales que lleven a identificar a los autores, en especial a los determinadores o las cabezas del sistema criminal.

En consecuencia, en estos crímenes de sistema, la actividad investigativa debe enfocarse en el análisis del contexto para definir los patrones de criminalidad y las políticas o los planes de la organización criminal.

Investigación frente a organizaciones criminales

En las organizaciones criminales, la modalidad de investigación en contexto se torna esencial, pues con ella se puede fijar un diseño de investigación que trace una estrategia para seleccionar los casos trascendentes relacionados con el plan criminal y establecer la forma en que se harán efectivos estos métodos para llevarlos a conocimiento del juez.

La Fiscalía General de la Nación obra haciendo uso de un diseño de investigación que se ejecuta con base en un análisis contextual. En un primer momento, se prioriza la problemática a partir de una hipótesis general y de allí se formulan varias preguntas con las cuales se define el contexto de la organización criminal; uno de ellos se relaciona con el estudio histórico-económico de la organización criminal, para descubrir el origen y la justificación del actuar de la organización criminal y en qué períodos ha funcionado. También se tienen en cuenta el contexto local y las dinámicas de la violencia con las que se verifica el

comportamiento de otros actores dentro de estos crímenes organizados (Martínez Osorio, 2014).

En el estudio del comportamiento de las organizaciones criminales se debe considerar el análisis de sus características, pues con ellas puede identificar la composición, la estructura, el funcionamiento, los planes, la división de funciones, los métodos para asegurar la ejecución de planes y los recursos con los cuales se financian (Martínez Osorio, 2014).

Asimismo, deben analizarse los planes criminales para deducir el *modus operandi* y los patrones. El conjunto de estos elementos constituye la denominada violencia organizada o planificada (Martínez Osorio, 2014).

Esto nos lleva a concluir que la investigación de contexto va dirigida a combatir varios frentes: aparatos organizados de poder, organizaciones criminales transnacionales, organizaciones criminales ordinarias y criminales, en razón de patrones culturales y discriminatorios.

Herramientas para la investigación de contexto

Kaufmann (1998) se preguntaba: ¿será que la cibernética es la edad que llega?, en relación con la influencia de las herramientas informáticas en el ejercicio del Derecho, entendidas como elementos indispensables del obrar humano. En ese sentido, el Derecho y la justicia cuentan con instrumentos sólidos de análisis de datos para agilizar los vínculos que se concretan en el sistema judicial y también en las relaciones jurídicas que a diario tocan nuestras vidas.

La informática jurídica se mueve en dos esferas: la eminentemente computacional y la relación entre ambos campos. En la primera, se pretende tomar al Derecho y convertirlo en algoritmos matemáticos que solucionen problemas cotidianos de los ciudadanos en las diferentes áreas del Derecho y hacer de este una gran base de datos; esta teoría fracasó, debido a la teoría de los casos difíciles en la que Hart (1961) demostró que frente a un mismo caso pueden existir diferentes soluciones, por las zonas de penumbra que presentan las normas jurídicas, pero adicional a ello, el elemento inimaginable para la informática, que hace poco confiable esta manera de entenderlo, es la justicia pues no existe una regla exacta que se aplique de forma igualitaria a todos los casos.

Por su parte, la teoría de las dos esferas sugiere que tanto la informática como la justicia y el Derecho convergen y proponen soluciones específicas frente a casos concretos, apoyados mutuamente en sus propias herramientas; estos son los algoritmos matemáticos, la Filosofía y la teoría del Derecho. En tal sentido, su operatividad se concreta en la posibilidad de utilizarse como apoyos complementarios; por ello, su objetivo consiste en lograr una transformación del entorno que le permita producir inferencias lógicas y mayor capacidad argumentativa en las decisiones jurídicas (Barragán, 1996; Bülesbach, 1992).

En la investigación de análisis de contexto hay un fuerte contenido informático que relaciona a los elementos fundamentales del contexto con hechos recopilados en la investigación, los cuales están íntimamente ligados a elementos materiales probatorios y evidencia física que, unidos a las informaciones suministradas en su ejercicio, determinan relaciones entre la estructura criminal y los patrones de criminalidad para hacer un cotejo sustancial global. Ese ejercicio se hace por medio de las herramientas de análisis criminal comprendidas como bases de datos.

Para desarrollar el tema, la Fiscalía General de la Nación cuenta con unas herramientas informáticas que le permiten analizar los grupos criminales, comparar casos, recolectar y buscar información para encontrar patrones de comportamiento criminal en los aparatos organizados de poder (Montealegre, 2013a). Con una gran cantidad de información y las herramientas informáticas, los investigadores buscan identificar patrones y conexiones, al capturar, controlar y analizar todos estos datos, por medio de unas herramientas informáticas denominadas base 0.8 y Analyst's notebook 8, con las que se puede aplicar funciones de datos y obtener información como: "La estructura del grupo armado, bloques, frentes, desmovilizados, postulados, miembros representantes, desplazados, hechos: masacres, delitos de género, bienes, armamento, antecedentes y georreferenciación" (Fiscalía General de la Nación, s.f., p. 11).

Las ventajas de estas herramientas informáticas se concretan en que permiten descubrir todas las conexiones y relaciones que existen con las informaciones estudiadas para individualizar la estructura criminal y su operatividad, extraer informaciones, explorar e investigar sus contenidos, encontrar puntos de interés común y facilitar labores de auditoría y gestión que aseguren la protección de la información y el acceso a ella (Fiscalía General de la Nación, s.f.).

Por ejemplo, la estructura general de información en el grupo de justicia y paz del CTI puede identificar los bloques y sus estructuras y, a partir de allí, establecer sus bienes, vehículos, semovientes, dinero, armas, inmuebles, sociedades y embarcaciones; por otra parte, puede detectar las masacres en las que han participado sus frentes, los departamentos en donde operan y sus municipios, los hechos que constituyen delitos de sistema y sus miembros, representantes y desmovilizados, así como sus víctimas (desplazados) y sus patrones de macrocriminalidad.

La herramienta *Analist's notebook 8* construye gráficos para discriminar mejor la información e ilustrarla por medio de fotografías, relaciones de bienes, etc., que guardan relación con un bloque, con un cabecilla o alto mando. Si lo trasladamos al tema de delincuencia organizada, su actividad consiste en concentrar la información obtenida para responsabilizar a una o varias personas de la actividad criminal, de forma que se incorpore una rica y poderosa visualización asistida que facilite encontrar relaciones o patrones criminales que apoyen los procesos dinámicos de los analistas y de la inteligencia, con la finalidad de optimizar los recursos de la investigación (Fiscalía General de la Nación, s.f.).

Por último, existe el sistema DSS-JYP que entrelaza informaciones de los sistemas de información de justicia y paz con el penal acusatorio, al entablar relaciones existentes entre ellos, con base en los procesados, sus víctimas y los delitos por los cuales se está procesando. Con esto vincula toda la actividad delictual, así como sus características de individualización, con el propósito de obtener el mayor número de información y ligar el Sistema de Información de Justicia y Paz (SIJYP), el Sistema Penal Oral Acusatorio (SPOA), el sistema de información Evidentix y el Sistema de Información Judicial Fiscalía (SIJUF) entre otras, para tener un sistema de alertas que le permitan al investigador prestar mayor atención frente a los resultados procesados por el sistema de datos (Fiscalía General de la Nación, s.f.).

Contexto como medio de prueba y prueba

Otra forma de entender la denominación de contexto consiste en asumirlo como medio de prueba en materia penal, desprendida del proyecto de ley que pretende

reformular el Código de Procedimiento Penal, Ley 906 de 2004¹⁵, pues en su cuerpo normativo dispone:

Artículo 73. La Ley 906 de 2004 tendrá un nuevo artículo 207A, así:

Artículo 207A. Otros métodos de investigación. En desarrollo de la labor investigativa podrán utilizarse metodologías y herramientas de las diferentes áreas del conocimiento para identificar y entender integralmente casos, situaciones, temáticas o fenómenos.

También podrán realizarse investigaciones en contexto, cuyo propósito es determinar los aspectos esenciales de orden geográfico, político, económico, histórico, cultural y social, en el cual se han perpetrado conductas punibles en el marco de un fenómeno delincuencia, con el fin de identificar elementos de sistematicidad, patrones criminales, *modus operandi*, tendencias, entre otros.

Los productos de estos análisis podrán ser introducidos de manera individual o **mediante prueba de contexto**. Las mismas facultades las tendrán la víctima y la defensa.

No constituye una investigación en contexto el recuento anecdótico de acontecimientos ni tampoco el relato de hechos inconexos.

Artículo 84. Modifíquese el artículo 275 de la Ley 906 de 2004, el cual quedará así:

Artículo 275. Elementos materiales probatorios y evidencia física. Los hechos objeto de indagación e investigación podrán ser demostrados por cualquier medio. Para efectos de este Código se entiende por elementos materiales probatorios y evidencia física, entre otros, los siguientes:

i) Aquellos que permitan establecer las circunstancias y condiciones que explican la comisión de los hechos que son materia de investigación, **la reconstrucción del contexto de lo sucedido**, los productos de análisis y las demás herramientas de investigación criminal.

Artículo 337. Contenido de la acusación y documentos anexos. El escrito de acusación deberá contener:

h) Se descubrirá la información, **evidencia física y los elementos materiales probatorios que sirvieron para el análisis de contexto**, los productos de análisis, así como la indicación de quienes participarán en el juicio oral.

Artículo 137. Modifíquese el artículo 382 de la Ley 906 de 2004, el cual quedará así:

15 "Por medio del cual se reforman algunos artículos de la Ley 906 de 2004, de la Ley 599 de 2000, de la Ley 65 de 1993 y se dictan otras disposiciones".

Artículo 382. Medios de conocimiento. Son medios de conocimiento la prueba testimonial, la prueba pericial, la prueba documental, la prueba de inspección, **los productos de análisis y la prueba de contexto**, los elementos materiales probatorios, evidencia física, o cualquier otro medio técnico o científico, que no viole el ordenamiento jurídico.

Será admisible la presentación de evidencias demostrativas siempre que resulten pertinentes para el esclarecimiento de los hechos o para ilustrar el testimonio [...].

Artículo 142. La Ley 906 de 2004 tendrá una nueva Parte VII del Capítulo III, Título IV, Libro III, así:

Parte VII. Reglas relativas a la prueba de contexto

Artículo 143. La Ley 906 de 2004 tendrá un nuevo artículo 441A, así:

Artículo 441A. Prueba de contexto. Se entiende por prueba de contexto el resultado del análisis obtenido mediante la investigación de que trata el inciso 2 del artículo 207A. La prueba de contexto constituye un medio de conocimiento autónomo.

Artículo 144. La Ley 906 de 2004 tendrá un nuevo artículo 441B, así:

Artículo 441B. Declaración del analista de contexto. El fiscal, la defensa o las víctimas dentro del proceso podrán solicitar la declaración de uno o varios de los profesionales o expertos en diferentes disciplinas que hayan participado en la elaboración de la prueba de contexto que se pretende introducir, a efectos de que aporte los productos de análisis, las metodologías que ha empleado y las conclusiones pertinentes.

Artículo 145. La Ley 906 de 2004 tendrá un nuevo artículo 441C, así:

Artículo 441C. Apreciación de la prueba de contexto: **el juez apreciará la prueba de contexto**, teniendo en cuenta lo siguiente:

1. La fiabilidad de las fuentes utilizadas para la elaboración del análisis.
2. La experiencia o cualificación de los profesionales o expertos que contribuyeron en la elaboración de dicha prueba.
3. La metodología utilizada y su forma de aplicación en el análisis.
4. La coherencia entre el análisis y sus conclusiones.
5. Cualquier otro aspecto similar o análogo a los anteriores.

Artículo 227. La Ley 906 de 2004 tendrá un nuevo artículo 583, así:

Artículo 583. Investigación en contexto. Paralelamente a los acercamientos colectivos, la Fiscalía General de la Nación podrá realizar una investigación en contexto que le permita establecer:

1. La plena identidad de las personas integrantes de la organización criminal que buscan el sometimiento a la justicia.
2. La caracterización de la organización criminal, estructura y funcionamiento organizacional, sus zonas de influencia, el control de rentas lícitas e ilícitas, bienes fruto de sus actividades e instrumentos y armas usadas para la realización de las conductas punibles.
3. Información conducente a la identificación de las víctimas de las conductas delictivas realizadas por la organización criminal.
4. Cualquier otro elemento que le permita la efectiva judicialización de los miembros de la organización criminal (negrillas propias).

Esta aseveración se hace a expensas de quien tiene la iniciativa legislativa en la reforma al Código de Procedimiento Penal, en este caso el Ministerio de Justicia y la Fiscalía General de la Nación. De acuerdo con las disposiciones referenciadas, se puede manifestar que el contexto es un medio de prueba, cuya finalidad es describir un sinnúmero de circunstancias que serán expuestas en el juicio por un grupo interdisciplinario que se ocupa de recolectar informaciones que serán evaluadas por ellos como analistas y luego se incorporarán a juicio, como si fueran elementos materiales probatorios o evidencias físicas.

No se define el papel del analista de contexto: como un testigo experto o como un perito en el ejercicio de su intervención en el juicio penal. Tampoco se precisa cuál es la denominación de la palabra contexto dentro de la categoría de una prueba, pero lo cierto es que de lo analizado sobre el texto legal se vislumbra que tendría la connotación de una prueba directa de cargo.

De todas formas, es ineludible criticar la inadecuada redacción de las nuevas disposiciones, su imprecisión conceptual y los vacíos que se desprenden de su simple lectura; al mismo tiempo, deja el sin sabor de generar un tipo de investigación que se transforma en una prueba y se confunde con su objeto.

Contexto en el Derecho Internacional de los derechos humanos

El contexto puede entenderse como indicio. Así lo ha entendido la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), a partir de la responsabilidad internacional de los Estados por sus acciones y omisiones en el cumplimiento de sus deberes en la Convención Interamericana de Derechos Humanos. Si bien es

cierto que en su cuerpo normativo no se ha especificado un tipo de tarifa legal para probar ante su jurisdicción, de acuerdo con el texto normativo que rige su competencia, la Corte ha entendido que existe libertad probatoria y también acoge la teoría de la carga dinámica de la prueba en el sistema de valoración delimitado en la sana crítica¹⁶ (Abreu Burelli, 2015; Castañeda Quintana, 2011; Bovino, 2005).

En consecuencia, el contexto es la construcción que hace el juez al valorar los medios de prueba recolectados en el proceso y puestos a su conocimiento bajo el principio de inmediación; de esta forma, su valoración genera prueba indiciaria que hace posible inferir el hecho indicante, en el sentido de que atribuye responsabilidad al Estado en el cumplimiento de sus obligaciones ante la Convención, en el supuesto de analizar una serie de hechos que, unidos, arrojan como resultado una política sistemática de violación de derechos humanos. Si de los medios de prueba se puede establecer un patrón de desapariciones forzadas o de ejecuciones extrajudiciales, se puede corroborar la responsabilidad estatal por acción o por omisión (Castañeda Quintana, 2011).

En este punto, vale la pena comprender que, frente a la jurisdicción de la CIDH, existe flexibilidad en el ámbito de apreciación probatoria, debido a la dificultad de encontrar prueba directa que vincule la responsabilidad estatal. Es necesario advertir que a este no le interesa dejar huella de sus errores y por ello, la CIDH ha entendido que el tema debe manejarse con las reglas del mejor probar y en un contexto de apreciación de la prueba que le otorgue elementos de juicio serios para analizar la forma en que vulnera los derechos humanos (Abreu Burelli, 2015; Bovino, 2005).

En conclusión, la Corte entiende que su método de valoración probatoria es flexible o laxa, pero al mismo tiempo específica para casos concretos, como los que se desprenden de desapariciones u otras formas de violación de derechos humanos en las que es muy difícil encontrar la responsabilidad de los Estados por

16 Bovino (2005) la define: "Sana crítica: El sistema se caracteriza por la ausencia de reglas abstractas de reglas de valoración probatoria. Exige la fundamentación de la decisión, con la explicitación de los motivos que la fundan, la mención de los elementos de convicción que se tuvieron en cuenta y cómo fueron valorados. La fundamentación de la valoración debe ser racional, respetar las reglas de la lógica, de la psicología, de la experiencia y del correcto entendimiento humano. Este método deja al juzgador en libertad para admitir toda prueba que estime útil al esclarecimiento de la verdad, y para apreciarla conforme a las reglas de la lógica, de la psicología y de la experiencia común" (p. 70).

medio de la prueba directa; esto abre la posibilidad de tomar a la prueba indirecta para constatar “la existencia de una práctica sistemática de desapariciones u otras violaciones a los derechos humanos, más la conexión entre la desaparición denunciada y dicha práctica” (Bovino, 2005, p. 78).

Al recoger la argumentación de Bovino, no se exige la identificación del agente del Estado que vulneró el derecho humano; basta con que se pueda corroborar que fue uno de sus miembros quien lo hizo, lo que propone una distinción entre el grado de comprensión del sistema de sana crítica en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y la responsabilidad penal de los procesados en materia penal.

Contexto y la teoría del delito

Tipicidad

Cuando se hace esta afirmación, se pretende dirigir el argumento para manifestar lo que se ha expresado en este capítulo: el contexto es un elemento de los crímenes de sistema como genocidio, crímenes de guerra y lesa humanidad, cometidos por un aparato organizado de poder, un órgano represor o una organización criminal, debido al carácter sistemático que se desprende de estos.

En cuanto a la actividad de organizaciones criminales, es importante entender que el contexto delimita la actividad de la organización, por lo que el Derecho Penal se sirve de este para unir la variedad de delitos que se cometen en un plan de designio criminal común, de forma que los bienes jurídicos ofendidos pasen a ser colectivos y, al mismo tiempo, personales. Valores como la seguridad pública, la paz, la salud pública, la función pública y el orden económico y social, entre otros, pueden verse afectados con bienes jurídicos de orden individual como la vida e integridad personal, la propiedad, la integridad y la formación sexual, entre otros. Más que comprobar la tipicidad del delito, sirve como método de investigación para establecer multiplicidad de conductas punibles.

Frente a los delitos de discriminación, el contexto sirve para distinguir comportamientos penales; por ejemplo, el feminicidio¹⁷ constituye un grave atentado

17 “Artículo 2 de la Ley 1761 de 2015. La Ley 599 de 2000 tendrá un artículo 104a, del siguiente tenor: Feminicidio. Quien causare la muerte a una mujer, por su condición de ser mujer o por motivos de su identidad de género o en

contra la dignidad de una mujer; la Ley 1761 de 2015 establece un dolo especial sobre el que se concreta su resultado (dar muerte a una mujer), de modo que la unión entre el dolo especial señalado en su discriminación y las circunstancias particulares del tipo proponen lo que se denomina contexto que, de no probarse, produce la atipicidad del comportamiento.

Autoría

La consecuencia natural de apropiación del término contexto para el Derecho Penal Internacional se encuentra en probar la autoría mediata en aparatos organizados de poder¹⁸ y lo que se ha denominado la coautoría como empresa criminal conjunta, dos teorías cuyo propósito es comprobar los esquemas de doble imputación, es decir, responsabilizar tanto a los cabecillas de las organizaciones criminales como a sus mandos medios y bajos de los comportamientos de Derecho Penal Internacional en el desarrollo de los conflictos armados o sociales.

Autoría mediata en aparatos organizados de poder

Si se examina la teoría de autoría mediata en aparatos organizados de poder, se puede establecer que, para su materialización, se requiere que la conducta sea ejecutada por una persona con mando en el aparato, que exista una estructura jerárquica y funcional, que sea una organización apartada del Derecho y que sus integrantes sean reemplazables o fungibles; esto permitiría concluir que, así como el determinado puede ejecutar la orden o política establecida por la estructura, puede renunciar a ello y, de hacerlo, otro puede efectuarla, de modo que en

donde haya concurrido o antecedido cualquiera de las siguientes circunstancias, incurrirá en prisión de doscientos cincuenta (250) meses a quinientos (500) meses. Artículo 7. Actuaciones jurisdiccionales dentro de la diligencia debida para desarrollar las investigaciones y el juzgamiento del delito de feminicidio [...]. f) La ubicación del contexto en el que se cometió el hecho punible y las peculiaridades de la situación y del tipo de violación que se esté investigando".

18 Olasolo (2011) señala los casos en los que se ha utilizado la figura de la autoría mediata por medio de los aparatos organizados de poder y destaca el caso del juicio a las juntas militares en la dictadura Argentina, el caso del muro de Berlín, el caso contra el general Manuel Contreras en Chile, el juicio contra el exsenador Álvaro Alfonso García Romero en Colombia, los casos contra el líder de Sendero Luminoso Abimael Guzmán y el expresidente: Alberto Fujimori, en Perú, así como los casos contra Milomir Estakic, Radoslav Brdanin, Monsilo Kraj y Snik, Milan Martij y Fatmir Limaj y otros celebrados ante el TPIY, el caso contra Protais Zigiranyirazo ante el TPYR y los casos contra Jeanpierre Bemba, German Catanga y Mathieu Ngudjolo Chui, Omar Halbacir y Abu Garda ante la CPI.

la organización no exista dificultad para perpetrar el comportamiento criminal y asegurar el resultado (Ferré, 2010).

En palabras de Roxin (2006)¹⁹:

Se basa en la especial forma de actuación del aparato que está a disposición de los hombres de atrás. Tal organización desarrolla una vida que es independiente de la existencia cambiante de sus miembros. Ella funciona de todos modos, de manera “automática”, sin importar la persona individual del ejecutante (p. 513).

Roxin (2007) toma cinco elementos en la construcción de la autoría mediata en los aparatos organizados y los especifica para diferenciar su aplicación de otras modalidades de autoría, que algunos estudiosos han pretendido destinar a ellas como la coautoría y la inducción. Se tienen, entonces: 1. la fungibilidad en el marco del dominio de la organización; 2. el apartamiento del Derecho de dicha organización; 3. la disponibilidad hacia el hecho, específica de la organización; 4. el poder de imposición de los hombres de atrás como soporte fundamental del dominio del hecho mediante aparatos organizados de poder, y 5. el dominio del resultado como soporte fundamental de la autoría mediata.

El primero de ellos comporta la característica de la sustitución del autor material, lo cual implica que, aunque se modifique a la persona que materialice la conducta, siempre va a existir otro que la ejecute, en virtud del poder de la organización; sobre el segundo elemento, se indica que las conductas desplegadas por la organización deben encontrarse apartadas del Derecho, calificación que se analiza a partir de la normatividad vigente al momento de ser observada; el tercer factor determina que los miembros de la organización tienen una disponibilidad hacia esta, lo cual genera seguridad tanto para esta como para el hombre de atrás. En este punto se establece que los ejecutantes que forman parte de estas empresas criminales asumen la responsabilidad y culpabilidad, pues ellas aseguran el éxito del hombre de atrás; se advierte que esos autores inmediatos no pueden alegar alguna circunstancia del fuero interno y subjetivo para que se les disminuya la responsabilidad o culpabilidad. El cuarto elemento surge de la convergencia de los tres mencionados y constituye “el poder del hombre de atrás en la realización del tipo”. En el quinto elemento, el hombre de atrás se hace cargo del resultado del comportamiento típico (Roxin, 2007).

.....
19 Los autores de tal teoría son Roxin y Schroeder, en la década del sesenta.

Sobre el caso de los francotiradores del muro de Berlín que disparaban a las personas que osaran pasar sus barreras, el Tribunal Federal alemán aplicó la teoría en la que Roxin (2007) expresa:

Mi idea de la forma de actuación del aparato criminal que posibilita la realización del tipo de manera casi automática, reaparece en las formulaciones del TFA que ahora ya pueden ser vistas como clásicas: Pero existen grupos de casos en los cuales, pese a un intermediario del hecho que actúa de manera plenamente responsable la contribución del hombre de atrás lleva casi de manera automática a la realización del tipo que este hombre de atrás pretende. Ello puede ocurrir cuando el hombre de atrás, mediante estructuras organizativas, se aproveche de determinados contextos, dentro de los cuales su contribución hacia el hecho desata cursos regulares [...]. Pero el TFA incluye a continuación también el planteamiento de Schroeder cuando dice en seguida: en tal caso, cuando el hombre de atrás actúe conociendo estas circunstancias, aprovechándose, en especial, de la disposición incondicional del actor inmediato a completar el tipo [...] será autor en forma de autor mediato (pp. 515-516).

La autoría en los aparatos organizados de poder se relaciona con el tema de la responsabilidad penal de los superiores frente a sus subordinados ejecutores inmediatos o materiales plenamente capaces en el cumplimiento de unas órdenes emitidas por los primeros, se tiene presente la existencia previa de un aparato organizado de poder. La aplicación de dicha figura jurídica se ha hecho paulatinamente en América y España por sus Tribunales de Justicia, en principio, con recelo y preocupación, por dificultades e imprecisiones y por la existencia de otras teorías también aplicables a los casos de los aparatos organizados de poder; con el transcurso del tiempo y con el estudio de los casos se ha verificado que la responsabilidad endilgada a los superiores en este tipo de organizaciones o aparatos organizados no corresponde a la realidad de su intervención e injerencia en los planes de las empresas criminales (Olasolo, 2011; Ambos, 2008).

Olasolo (2011) indica que “la autoría mediata se basa en el dominio del superior sobre la voluntad de los subordinados en virtud del control de la organización” (p. 184) y expresa que los autores que participan de esta teoría manifiestan que:

[...] los crímenes que son cometidos a través de aparatos organizados de poder, los superiores e inferiores en verdad no conciertan ningún plan común, ni comparten el dominio de la ejecución de los delitos debido a que la organización posee su propia

autonomía y los subordinados meramente ejecutan o implementan automáticamente las órdenes de sus superiores (p. 184).

La autoría mediata en aparatos organizados de poder en América Latina no ha sido aplicada en todos los casos, pues se tienden a emplear otras modalidades como la coautoría y, la complicidad necesaria. Por ejemplo, si bien es cierto en el juzgamiento de los miembros de las juntas militares de la dictadura argentina (1976-1983) fueron condenados como autores mediatos por medio de aparatos organizados de poder, la última instancia modifica su intervención y los condena como cómplices necesarios; en Chile, en el caso del general Contreras y el coronel Espinoza, acusados de la muerte del ministro Orlando Letelier (ministro de Asuntos Exteriores del presidente Salvador Allende), sí se les condena como autores mediatos por medio de aparatos organizados de poder; en Colombia²⁰, en el caso Machuca, se condenó a la organización subversiva Ejército de Liberación Nacional (ELN) en cabeza de sus dirigentes, los comandantes de la compañía Cimarrón, frente que ejecutó el ataque sobre el oleoducto y sus autores materiales del comportamiento criminal como coautores, al acudir al principio de división de trabajo. Al contrario, en el caso del exsenador García, cofundador del grupo paramilitar Frente Héroes de los Montes de María, fue condenado como coautor mediato de la masacre de Macayepo e instigador de la muerte de la señora Georgina Narváez, pues tenía el control del grupo paramilitar, fue una actividad regular del grupo paramilitar que cofundara y logró apartar a las Fuerzas Militares del lugar en donde ocurrió la matanza (Olasolo, 2011).

En Perú sí se aplicó la teoría de la autoría mediata en aparatos organizados de poder en los casos de Abimael Guzmán por la masacre de 69 campesinos en manos del grupo terrorista Sendero Luminoso y de Alberto Fujimori, expresidente de Perú, por la comisión de varios delitos contra la vida, la integridad y la libertad personal de varios ciudadanos por parte de la institucionalidad. En los dos casos se aplican las características referenciadas (Olasolo, 2011).

Si bien en España se ha mencionado la figura, no ha tenido una aplicación expresa, como ocurrió en el caso Marey y en el caso del juzgamiento de Pinochet; en Uruguay, en el caso del expresidente Bordaberry no se trató dicha figura y se

.....
20 En Colombia, la Corte Suprema de Justicia no aplica la figura en los casos Yamid Amad, Machuca y La Gabarra.

aplicó la coautoría y la autoría directa por los actos cometidos durante su período (Olasolo, 2011).

El contexto y la empresa criminal conjunta

Esta teoría ha sido aplicada por los tribunales internacionales de Yugoslavia (TPIY) y Ruanda (TPIR). En especial, se puede verificar la sentencia del 21 de mayo de 2003, en el caso Milutinovic. Cabe resaltar que esta figura jurídica está dirigida a la imputación de las organizaciones criminales, para hacer una distinción en el grado de autor y cómplice de una o varias conductas típicas, ya sea de una organización que provenga de la institucionalidad (sistema de represión), de la delincuencia ordinaria, banda armada o transnacional (Olasolo, 2011; Ambos, 2008).

Se entiende que son autores todas las personas que acuerden realizar delitos en un plan común, con un objetivo final o básico por el que pueden ejecutar multiplicidad de comportamientos penales para concretar la finalidad trazada. A estos delitos se les denomina integrales²¹. Basta con que se manifieste el acuerdo para ser responsables de los delitos que ejecute la organización²², aunque ese acuerdo sea anterior o concomitante a la perpetración de los comportamientos o se exprese de forma tácita o manifiesta.

De todas formas, si se cometen delitos que no son los acordados por la organización y esta los permite como consecuencia natural para ejecutar los delitos integrales o son consentidos por la organización, dichos injustos serán imputados. También se puede hablar de empresas criminales subsidiarias o pequeñas organizaciones que están íntimamente ligadas a otras para la perpetración específica de unos delitos. Asimismo, varias ECC pueden trabajar en equipo y desde esta perspectiva, responderían por los delitos concertados.

La contribución para la ejecución del plan común es otro elemento necesario para la aplicación de la figura y requiere que no solo exista un acuerdo previo, sino que además se hagan aportes efectivos para su materialización, ya sea por acción (realización de los comportamientos) o por omisión (incumplir con los

21 Debido a que ellos son los delitos establecidos por la organización para lograr su objetivo final.

22 "En aquellos supuestos en los que ninguno de los delitos imputados es parte integral del plan común, de manera que su comisión se presenta únicamente como una consecuencia natural y probable de la comisión de dicho plan, no es posible aplicar la doctrina de la ECC" (Olasolo, 2011, p. 216).

deberes propios del cargo, sin necesidad de que estuviere físicamente en la escena del crimen, siempre y cuando su aporte sea significativo; de lo contrario, será tratado como cómplice).

Esta teoría tiene variantes en su aplicación, por lo que no se emplea de igual manera a todas la ECC, se distinguen tres variaciones: básica, sistémica y amplia. La primera es aquella en la que un “grupo de personas que no pertenecen a ninguna estructura administrativa, militar, económica o política”, se ponen “de acuerdo para cometer uno o más delitos” (Olasolo, 2011, p. 214). La segunda proviene de un sistema de represión y conserva el propósito de la variante básica, pero es desarrollada por la institucionalidad. La tercera es una variación extendida de las dos anteriores.

En su variante básica y sistémica²³, el elemento subjetivo para la existencia de la ECC requiere que los autores de los comportamientos tengan el mismo dolo o el dolo especial demandado por ciertos tipos penales (genocidio) realizados por la empresa criminal, que determine que su grado de intencionalidad es común a la de los delitos integrales; en relación con la segunda variante, si el miembro de la ECC no obra con el dolo especial requerido por aquellos delitos que así lo exijan, será responsable a título de cómplice.

El elemento subjetivo que se requiere para la variante ampliada lo manifiesta Olasolo (2011) así:

De esta manera, el primer requisito subjetivo de la variante amplia de ECC es la intención de formar parte de ECC básica o sistemática y, por tanto, de contribuir a la ejecución del plan común. Se requiere además otros dos requisitos i) el conocimiento de que como consecuencia de la ejecución de dicho plan es natural y previsible que alguno de los miembros de la ECC puedan cometer uno o varios delitos no integrales ii) la aceptación de este riesgo como consecuencia de unirse o de continuar siendo parte de la ECC a pesar de dicho conocimiento (p. 225).

La conclusión que se extrae de la aplicación de la ECC es que sus miembros serán coautores de los delitos integrales que cometa la organización, siempre y cuando se tengan en cuenta las posibles variantes que se pueden presentar en cada caso.

.....
23 Sistema de represión.

Tanto el uso de la autoría mediata en los aparatos organizados de poder como la coautoría por medio de la empresa criminal conjunta sirven para imputar responsabilidad penal a miembros de organizaciones criminales y, en consecuencia, su aplicación se concreta para el Derecho Penal Internacional y además se extiende al Derecho Penal ordinario. Lo mismo sucede con la autoría mediata en los aparatos organizados de poder, en los que Roxin (2006) ha reconocido la extensión a la organización criminal en un sentido amplio.

Conclusiones

1. El contexto es un instrumento idóneo que sirve para combatir la criminalidad organizada, llamada aparato organizado de poder, órgano represor o empresa criminal conjunta. De tal forma, su uso es necesario y efectivo, pues colabora con determinar la tipicidad de los delitos y los patrones de macrocriminalidad de la organización, su estructura, sus fuentes de financiación y su posición georreferenciada.
2. El concepto de contexto no es único, puesto que puede ser entendido como elemento de crímenes de sistema, método de investigación, medio de prueba o prueba —para la Fiscalía General de la Nación en el proyecto legislativo— e indicio —en el escenario del derecho internacional de los Derechos Humanos—.
3. Es pertinente destacar que la denominación de medio de prueba o prueba está dada en el proyecto legislativo presentado por la Fiscalía General de la Nación. En el recorrido histórico de esta palabra, el contexto no es utilizado como medio de prueba y mucho menos como prueba; es más, en el Derecho Penal Internacional, en donde el contexto tiene su origen, este se construye a partir de elementos materiales probatorios o evidencias físicas que lo demuestran, de modo que su manifestación judicial surge por medios de prueba que lo concretan y no de este como único medio de prueba.
4. El contexto, entendido como medio de investigación, permite rediseñar una nueva forma de comprender la manera en que la estructura u organización desarrolla su actividad criminal y pasar del paradigma de investigación tradicional caso a caso a uno sistemático que agrupa los delitos bajo parámetros

que confirman su designio criminal o su plan como organización tanto en los delitos de sistema como en los delitos de criminalidad organizada.

5. La utilidad del contexto dentro de la investigación se concreta en la identificación de la estructura criminal, su jerarquización, los bienes y servicios que posee para materializar las conductas delictivas, su relación con otras organizaciones, la identificación y la transformación de sus capitales en los mercados legales, su participación en los mercados ilegales y el contexto global en el que participa, por medio de las herramientas informáticas que permiten enlazar diversas bases de datos que conllevan la reafirmación de hipótesis de investigación, para ser confirmadas por analistas de contexto.
6. En el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el contexto es asumido como indicio, con la posibilidad de comprender que su régimen probatorio es flexible, debido a que los Estados pueden eliminar los elementos materiales probatorios y las evidencias físicas que comprometan su responsabilidad; ello no puede ser entendido de la misma forma para el Derecho Penal, ya que la responsabilidad penal tiene un sistema de valoración de la prueba más estricta que el acogido para juzgar a los Estados por el incumplimiento de los deberes establecidos en la Convención Americana de Derechos Humanos.
7. Desde el punto de vista de la teoría del delito, el contexto se incorpora como elemento de crimen de sistema, como elemento normativo en los tipos penales de discriminación basados en trato diferencial (por ejemplo, el feminicidio).
8. Ante la teoría de la autoría, el contexto sirve para probar la autoría mediata en aparatos organizados de poder o la teoría de la empresa criminal conjunta que, en últimas, llevaría a reafirmar el concepto de coautoría; esto permitiría establecer la responsabilidad de la organización criminal frente al tema de los delitos integrales; de todas formas, el contexto permite asimilar a todas las personas de la organización como coautores de los delitos cometidos por la organización, así su aportación sea insignificante, lo que llevaría a pensar que al tratarse de delincuencia ordinaria, no habría diferenciación entre autoría y participación, porque el tratamiento sería el de coautor.
9. Para el Derecho Penal Internacional, frente a los crímenes de sistema, el tratamiento de los ejecutores de estas conductas no ha sido unánime. En algunos casos, son calificados como autores mediatos en aparatos organizados de

- poder, cómplices necesarios, inductores o miembros de empresas criminales conjuntas, lo que conlleva a señalarlos como coautores.
10. Para la justicia transicional, el contexto no solo ayuda a detectar los patrones de macrocriminalidad, la estructura de mando y las fuentes de financiación de la organización criminal, sino que además es factor fundamental en el que se pueden llegar a determinar los crímenes de sistema, sobre todo porque es un elemento del crimen; por ello, es obligatorio encontrarlo en las sentencias judiciales en las que debe describirse como fundamento del fallo judicial.
 11. El contexto posibilita un estándar mínimo de justicia que debe cumplir el Estado en el reconocimiento de la verdad para la víctima, lo que ejercita otra forma de reparación hacia la víctima y hacia la satisfacción de sus derechos.

BIBLIOGRAFÍA

- Abreu Burelli, A. (2015). *La prueba ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Recuperado de <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2454/8.pdf>
- Albarracín, D. (2013). Neopunitivismo ¿El ocaso de las garantías penales? encrucijada de la defensa pública. En C. A. Bernal Castro (coord.), *Reflexiones de Derecho Penal y Procesal Penal* (pp. 55-86). Bogotá: Defensoría del Pueblo.
- Albrecht, H. (2001). *Criminalidad transnacional, comercio de narcóticos y lavado de dinero*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Ambos, K. (2004). *Los crímenes del nuevo Derecho Penal Internacional*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.
- Ambos, K. (2008). *¿Cómo imputar a los superiores crímenes de los subordinados en el Derecho Penal Internacional? Fundamentos y formas*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Ambos, K. (2010). *Procedimiento de la Ley de Justicia y Paz (Ley 975 de 2005) y Derecho Penal Internacional estudio sobre la facultad de intervención complementaria de la Corte Penal Internacional a la luz del denominado proceso de “Justicia y Paz” en Colombia*. Bogotá: GTZ.
- Ambos, K. (coord.). (2011). *Selección y priorización como estrategia de persecución en los casos de crímenes internacionales. Un estudio comparado*. Bogotá: Giz.
- Anitúa, G. I. (2004). Las garantías de un juicio público. En E. Hendler (comp.), *Las garantías penales y procesales enfoque histórico y comparado* (pp. 65-103). Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires.
- Arendt, H. (2011). *Eichmann en Jerusalén (6a ed.)*. Barcelona: Debolsillo.
- Arthur, K. (1998). *La filosofía del Derecho en la postmodernidad. Monografías*. Bogotá: Temis.

- Barbosa Castillo, G. y Bernal Pulido, C. (2015). *Análisis de contexto en la investigación penal: crítica del trasplante del Derecho Internacional al Derecho interno*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Barragán, J. (1996). Informática jurídica. En E. Garzón Valdés y F. J. Laporta (eds.), *Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía. Tomo 2: El derecho y la justicia* (pp. 39-52). Barcelona: Trotta.
- Barreno, C. (2011). *Zygmunt Bauman y la sociedad líquida*. Recuperado de <http://www.revistaesfinge.com/filosofia/corrientes-de-pensamiento/item/757-56zygmunt-bauman-y-la-sociedad-liquida>
- Beck, U. (2006). *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Paidós.
- Bermúdez Liévano, A. (2013). *¿Tiene sentido que la Fiscalía priorice algunos delitos?* Recuperado de <http://lasillavacia.com/lasillaenvivo/tiene-sentido-que-la-fiscalia-priorice-algunos-delitos-45169>
- Bernal Acevedo, G. (2013). Primera jurisprudencia en violencia basada en género en la ley de Justicia y paz en Colombia. En E. Cortés Sánchez (comp.), *Decisiones judiciales Lubanga (D. R. Congo). Vencedores de Arauca (Colombia). Akayesu (Ruanda). Menéndez (Argentina). Río Negro (Guatemala). Comentarios* (pp. 63-97). Bogotá: Giz.
- Bernal Castro, C. A. (2013). *Bienes jurídicos o protección de la vigencia de las normas. Una lectura desde la historia social del Derecho Penal*. Bogotá: Universidad Católica de Colombia.
- Bernal Castro, C. A. y Moya Vargas, M. F. (2015). *Libertad de expresión y proceso penal*. Manuscrito presentado para su publicación.
- Bovino, A. (2005). La actividad probatoria ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Sur Revista internacional de derechos humanos*, 2(3), 70-78.
- Büllesbach, A. (1992). Enfoques de teorías de sistemas. En A. Kaufmann y W. Hassemer (eds.), *El pensamiento jurídico contemporáneo* (pp. 311-332). Madrid: Debate.
- Caparrós, E. F. (1998). *El delito de blanqueo de capitales*. Madrid: Colex.
- Cárdenas Zorro, M. J. (2015). De la sociedad industrial a la sociedad post industrial: reflexiones históricas sobre el caso colombiano. *Negocios internacionales*, 4(2), 67-90.
- Castañeda Quintana, L. F. (2011). El contexto como materialización de la prueba indiciaria en la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Nueva Época*, (3), 99-123.
- Castells, M. (1999). *La era de la información. Economía, sociedad y cultura*. Madrid: Siglo XXI.
- Castro Cuenca, C. (2009). *Derecho Penal en la sociedad del riesgo*. Bogotá: Ibáñez.
- Congreso de la República de Colombia. (2005). *Ley 975 de 2005*, “Por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se

•Bibliografía•

- dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios”. Bogotá: *Diario Oficial* No. 45.980, julio 25 de 2005.
- Congreso de la República de Colombia. (2011). *Ley 1448 de 2011*, “Por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones”. Bogotá: *Diario Oficial* No. 48.096 junio 10 de 2011.
- Congreso de la República de Colombia. (2012). *Acto legislativo 01*, “Por medio del cual se establecen instrumentos jurídicos de justicia transicional en el marco del artículo 22 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones”. Bogotá: *Diario Oficial* No. 48.508, julio 31 de 2012.
- Congreso de la República de Colombia. (2012). *Ley 1592 de 2012*, “Por medio de la cual se introducen modificaciones a la Ley 975 de 2005 ‘Por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios’ y se dictan otras disposiciones” Bogotá: *Diario Oficial* No. 48.633, diciembre 3 de 2012.
- Congreso de la República de Colombia. (2015). *Ley 1762 de 2015*, “Por medio de la cual se adoptan instrumentos para prevenir, controlar y sancionar el contrabando, el lavado de activos y la evasión fiscal”. Bogotá: *Diario Oficial* No. 49.565, julio 6 de 2015.
- Corporación de la Excelencia en la Justicia, Usaid. (2014). *Balance del funcionamiento del sistema penal acusatorio. Boletín de actualización (2012-2014)*. Recuperado de <http://cispa.gov.co/images/stories/archivos/Balance%20SPA%202012-2014.pdf>
- Corporación Excelencia en la Justicia, Usaid. (2013). *Priorización de casos en la Fiscalía: una oportunidad para la nueva gerencia del sistema acusatorio*. Recuperado de <file:///C:/INFO/Downloads/Priorizaci%C3%B3n%20en%20la%20FGN.pdf>
- Corte Constitucional. (2001). *Sentencia C-1195 de 15 de noviembre de 2001*. M. P. Manuel Cepeda Espinosa y Marco Gerardo Monroy Cabra.
- Corte Constitucional. (2003). *Sentencia C-873 de 30 de septiembre de 2003*. M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.
- Corte Constitucional. (2005). *Sentencia C-1260 de 5 de diciembre de 2005*. M. P. Clara Inés Vargas Hernández.
- Corte Constitucional. (2005). *Sentencia C-979 de 26 de septiembre de 2005*. M. P. Jaime Córdoba Triviño.
- Corte Constitucional. (2013). *Comunicado No. 34, del 28 de agosto de 2013*.
- Corte Constitucional. (2013). *Sentencia C-579 de 28 de agosto de 2013*. M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (29 de julio de 1988). *Sentencia de fondo, reparaciones y costas. Caso Velázquez Rodríguez vs. Honduras*.

- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (25 de noviembre de 2000). *Sentencia de fondo. Caso de Bámaca Velásquez vs. Guatemala*.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (27 de noviembre de 2003). *Sentencia de fondo, reparaciones y costas. Caso de Maritza Urrutia vs. Guatemala*.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (26 de mayo de 2010). *Sentencia de fondo, reparaciones y costas. Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia*.
- Corte Penal Internacional. (2003). *Paper on Some Policy Issues before the Office of the Prosecutor*. Recuperado de http://www.amicc.org/docs/OcampoPolicyPaper9_03.pdf
- Cuervo, I. (2013). *Atención a víctimas del conflicto armado interno. Módulo 1 introductorio-sociológico*. Bogotá: Agencia Presidencial de Cooperación Internacional de Colombia, Defensoría del Pueblo, Fiscalía General de la Nación, Universidad San Buenaventura.
- Deleuze, G. (1990). *Conversaciones*. Valencia: Pre-textos.
- Ferrajoli, L. (2005). *Derecho y razón*. Madrid: Trotta.
- Ferré Olivé, J. C., Niñez Paz, M. A. y Ramírez Barbosa, P. A. (2010). *Derecho Penal colombiano. Parte general. Principios fundamentales y sistema*. Bogotá: Ibáñez.
- Fiscalía General de la Nación. (2012a). *Directiva 001*, "Por medio de la cual se adoptan unos criterios de priorización de situaciones y casos, y se crea un nuevo sistema de investigación penal y de gestión de aquellos en la Fiscalía General de la Nación". Recuperado de <http://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/Directiva-N%C2%B0-0001-del-4-de-octubre-de-2012.pdf>
- Fiscalía General de la Nación. (2012b). *R resolución No. 01810*, "Por medio de la cual se crea la Unidad de Análisis y Contexto". Bogotá: *Diario Oficial* No. 48.577, octubre 8 de 2012.
- Fiscalía General de la Nación. (2013). *La priorización. Memorias de los talleres para la construcción de criterios del nuevo sistema de Investigación penal*. Bogotá: Autor.
- Fiscalía General de la Nación. (2014). Plan de acción de casos a priorizar por la Unidad Nacional de Fiscalía para la Justicia y la Paz (2013 y 2014). Bogotá: Autor.
- Fiscalía General de la Nación y Departamento de Justicia de los Estados Unidos. "Herramientas de análisis criminal" (Documento institucional, s.f.).
- Forer, A. (2013). Reseña jurisprudencial del caso Tomas Lubanga Dyilo. Notas acerca de la primera condena de la CPI. En E. Cortés Sánchez (comp.), *Decisiones judiciales Lubanga (D. R. Congo). Vencedores de Arauca (Colombia). Akayesu (Ruanda). Menéndez (Argentina). Río Negro (Guatemala). Comentarios* (pp. 11-62). Bogotá: Giz.
- García, A. (2013). *Las sociedades de control*. Recuperado de <https://lacasadelasospecha.wordpress.com/2013/09/17/las-sociedades-de-control/>
- Garzón, B. (coord.). (2011). *Diagnóstico de justicia y paz en el marco de la justicia transicional en Colombia*. Bogotá: Organización de los Estados Americanos, Misión de Apoyo al Proceso de Paz en Colombia.

•Bibliografía•

- Gómez Pavajeau, C. A. (2014). *Estándares internacionales vinculantes que rigen la detención preventiva*. Bogotá: Defensoría del Pueblo.
- González, I. (2013). *Atención a víctimas del conflicto armado interno. Módulo 2 jurídico*. Bogotá: Agencia Presidencial de Cooperación Internacional de Colombia, Defensoría del Pueblo, Fiscalía General de la Nación, Universidad San Buenaventura.
- Guerrero Peralta, Ó. J. (2010). Evolución jurisprudencial del Derecho Penal Internacional en el caso de agresiones sexuales. *Papeles ICLA* (1). Recuperado de http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/temas/t_20111220_03.pdf
- Hendler, E. (2001). *Las garantías penales y procesales. Enfoque histórico comparado*. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Izuzquiza, I. (1990). *La sociedad sin hombres. Niklas Luhmann o la teoría como escándalo*. Barcelona: Anthropos.
- Kaufmann, A. (1998). *La filosofía del Derecho en la posmodernidad*. Bogotá: Temis.
- Kymlicka, W. (1996). *Ciudadanía multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías*. Buenos Aires: Paidós.
- López Díaz, C. (2012). Selección y priorización de delitos como estrategia de investigación en la investigación en la justicia transicional. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 42(117). Recuperado de <https://revistas.upb.edu.co/index.php/derecho/article/view/1646>
- López Díaz, C. (2012). Selección y priorización de delitos como estrategia de investigación en la justicia transicional. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 42(117), 515-579.
- López Medina, D. (2008). *Estándares internacionales para la investigación y acusación de delitos complejos en el marco de la justicia transicional*. (Informe inédito). UFJYP, Bogotá.
- Luhmann, N. (2010). *¿Cómo es posible el orden social?* México D. F.: Herder.
- Machado Ramírez, S. (2012). La priorización. Experiencias comparadas y límites en el Derecho Internacional. *Huellas* (75), 57-67. Recuperado de <http://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/2012/02/Huellas75.pdf>
- Marichal, C. (2010). *Nueva historia de las grandes crisis financieras. Una perspectiva global 1873-2008*. Buenos Aires: Debate.
- Martínez Osorio, D. (2014). *Manual de análisis contextual para la investigación penal en la Dirección Nacional de Análisis y Contexto (Dinac) de la Fiscalía General de la Nación*. Recuperado de <https://www.ictj.org/sites/default/files/ICTJ-Manual-DINAC-2014.pdf>
- Montealegre, E. y Bernal Cuéllar, J. (2013a). *El proceso penal. Tomo I: Fundamentos constitucionales y teoría general*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Montealegre, E. y Bernal Cuéllar, J. (2013b). *El proceso penal. Tomo II: Estructura y garantías*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

- Olasolo, H. (2011). *Ensayos de Derecho Penal y Procesal Internacional*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Organización de Naciones Unidas. (1949a). *Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña*. Recuperado de <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/treaty/treaty-gc-1-5tdkna.htm>
- Organización de Naciones Unidas. (1949b). *II Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar*. Recuperado de <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/treaty/treaty-gc-2-5tdkwc.htm>
- Organización de Naciones Unidas. (1949c). *III Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra*. Recuperado de <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/treaty/treaty-gc-3-5tdkwx.htm>
- Organización de Naciones Unidas. (1949d). *IV Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra*. Recuperado de <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/treaty/treaty-gc-4-5tdkyk.htm>
- Organización de Naciones Unidas. (2004). *Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional y sus protocolos*. Recuperado de <https://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOCebook-s.pdf>
- Organization for Security and Co-operation in Europe. (2011). *Delivering Justice in Bosnia and Herzegovina*. Recuperado de <http://www.osce.org/bih/108103?download=true>
- Orozco Abad, I. y Gómez Albarrello, J. G. (1997). *Los peligros del nuevo constitucionalismo en materia criminal*. Bogotá: Iepri.
- Orsi, O. G. (2007). *Sistema penal y crimen organizado*. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Presidencia de la República. (2013). *Decreto 3011 de 2013*, “Por el cual se reglamentan las Leyes 975 de 2005, 1448 de 2011 y 1592 de 2012”. Bogotá: *Diario Oficial* No. 49.016, diciembre 27 de 2013.
- Owen, J. (2006). *Núremberg, el mayor juicio de la historia*. Barcelona: Crítica.
- Quinche, M. F. (2009). *Los estándares de la Corte Interamericana y la Ley de Justicia y Paz*. Bogotá: Universidad del Rosario.
- Rafecas, D. (2012). *Historia de la solución final. Una indagación de las etapas que llevaron al exterminio de los judíos europeos*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores.
- Ramelli Arteaga, A. (2011). *Jurisprudencia penal internacional aplicable en Colombia*. Bogotá: Giz, Universidad de los Andes.
- Ramelli Arteaga, A. (2013). *Derecho Internacional Humanitario y Corte Penal Internacional*. Bogotá: Agencia Presidencial de Cooperación Internacional de Colombia, Defensoría del Pueblo, Universidad Santo Tomás.

•Bibliografía•

- Red de Derechos Humanos y Educación Superior. (2014). *Derechos humanos de los grupos vulnerables*. Barcelona: Autor.
- Riveros, D. (2012). *Instructivo para la elaboración de los planes de acción por parte de las Direcciones Seccionales de Fiscalías*. Recuperado de <http://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/Instructivo-PLAN-DE-ACCI%C3%93N-de-Direcciones-Seccionales-de-Fiscal%C3%ADas.pdf>
- Roxin, C. (2007). *La teoría del delito en la discusión actual*. Lima: Editora Jurídica Grijley.
- RT. (2014). *Los siete grupos terroristas más ricos del mundo*. Recuperado de <http://actualidad.rt.com/actualidad/view/131924-grupos-terroristas-mas-ricos-mundo>
- Sánchez Herrera, E. M. (2013). Modelos de imputación en la criminalidad organizada. En C. A. Bernal Castro (coord.), *Reflexiones de Derecho Penal y Procesal Penal* (pp. 25-54). Bogotá: Defensoría del Pueblo.
- Seils, P. (2012). *Propuesta de criterios de selección y priorización para la ley de Justicia y Paz en Colombia*. Recuperado de <https://www.ictj.org/sites/default/files/ICTJ-COL-PaulSeils-Propuesta%20de%20criterios%20de%20selecci%C3%B3n%20y%20priorizaci%C3%B3n-2012.pdf>
- Seuls, P. (2012). *Propuesta de criterios de selección y priorización para la ley de Justicia y Paz en Colombia*. Bogotá: Centro Internacional para la Justicia Transicional.
- Silva Sánchez, J. M. (2011). *La expansión del Derecho Penal*. Buenos Aires: B de F.
- Stiglitz, J. (2010). *Caída libre. El libre mercado y el hundimiento de la economía mundial*. Buenos Aires: Taurus.
- Surio, A. (2008, 16 de octubre). Sociedad líquida. *diarivasco.com*. Recuperado de <http://www.diarivasco.com/20081016/politica/sociedad-liquida-20081016.html>
- Tribunal Superior de Distrito Judicial, Sala de Justicia y Paz de Bogotá. (agosto 12 de 2011). Radicación 11001600025322008-83194; 1100160002532007-83070. M. P. Lester González Romero.
- Universidad Externado de Colombia (ed.). (2012). *XXXIII Jornadas internacionales de Derecho Penal. Política criminal y Derecho Penal*. Bogotá: Editor.
- Uprimny, R. y Lasso, L. M. (2004). *Verdad, reparación y justicia para Colombia: algunas reflexiones y recomendaciones*. Bogotá: Universidad de los Andes.
- Uprimny, R. y Saffon, M. P. (2009). Reparaciones transformadoras, justicia distributiva y profundización democrática. En Díaz Gómez, C., Sánchez, N. C. y R. Uprimny Yepes (eds.), *Reparar en Colombia los dilemas en contextos de conflicto, pobreza y exclusión* (pp. 67-145). Bogotá: Centro Internacional para la Justicia Transicional y Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad.
- Valencia Villa, A. (2013). *Derecho Internacional Humanitario. Conceptos básicos. Infracciones en el conflicto armado colombiano (2a ed.)*. Ciudad: Organización de Naciones Unidas, Canadá.

- Vásquez Rocca, A. (2008). Zygmunt Bauman: modernidad líquida y fragilidad humana. *Revista Observaciones Filosóficas* (6). Recuperado de <http://www.observacionesfilosoficas.net/zygmuntbauman.html>
- Velásquez Velásquez, F. (2011). Los líderes paramilitares: ¿autores mediatos por medio de aparatos organizados de poder? *Revista de Derecho*, III(1), 79-109.
- Vengoa, H. F. (2002). *La globalización en su historia*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Vigilancia global. (s. f.). *Sociedad vigilada*. Recuperado de <http://www.bewebdisseny.com/vigilancia/societat.html>
- wrru. (s. f.). *Top 10 mayores organizaciones criminales del mundo*. Recuperado de <http://www.taringa.net/posts/info/15155293/Top-10-mayores-organizaciones-criminales-del-mundo.html>
- Zaffaroni, E. R. (2006). *El enemigo en el Derecho Penal*. Bogotá: Ibáñez.



UNIVERSIDAD CATÓLICA
de Colombia

Editado por la Universidad Católica de Colombia
en octubre de 2015, impreso en papel propali-
bros de 75 g., en tipografía Times New Roman,
tamaño 11 pts.

Publicación digital
Hipertexto Ltda.

Impreso por:
Xpress Estudio Gráfico y Digital S.A

Sapientia aedificavit sibi domum

Bogotá, D. C., Colombia

JUS-Penal es la colección que presenta los resultados de investigación, reflexión y análisis sobre las instituciones, doctrinas y prácticas relacionadas con la creación, interpretación y aplicación del derecho penal. Buscando esquemas más allá de los diseñados para interpretar la ley y teniendo como horizonte una mejor comprensión y desarrollo de la justicia penal colombiana e internacional, esta colección busca aportar elementos para el debate y la formación de un pensamiento penal crítico, tanto en la comunidad académica como en los profesionales que participan en el campo jurídico-penal.

OTROS TÍTULOS DE LA COLECCIÓN JUS - PENAL:

- Libertad de expresión y proceso penal
- El principio de complementariedad en el derecho penal internacional
- Libertad de expresión y proceso penal
- Los menores en el sistema penal colombiano
- Bienes jurídicos o protección de la vigencia de las normas
- Delitos de peligro abstracto en el derecho penal colombiano
- Las drogas: políticas nacionales e internacionales de control, una introducción crítica
- El futuro de la criminología crítica

LA INVESTIGACIÓN PENAL
EN LAS SOCIEDADES
POSINDUSTRIALES

Una tensión entre el
efectivismo y el garantismo
penal en el sistema de
enjuiciamiento criminal
colombiano

10

Este libro presenta el estudio de la investigación de análisis y contexto en las sociedades posindustriales. Aborda un instrumento para combatir la criminalidad denominado investigación de análisis y contexto, con especial cuidado en el estudio de los términos priorización y contexto, con el fin de comprenderlos, tanto en la justicia transicional como en la ordinaria y, darles un significado frente al Derecho Penal.

En la primera parte de la obra se aborda el funcionamiento de las estructuras financieras de las organizaciones criminales y sus actuaciones en diversos sectores económicos, su intervención en la política, y la legislación para enfrentarlas, además de los métodos de investigación que permiten señalar patrones de macrocriminalidad, máximos cabecillas (determinadores) y ejecutores, mediante infiltraciones en organizaciones criminales, actuaciones de agentes encubiertos, entregas vigiladas y vigilancia de cosas. En una segunda parte, el autor muestra que en los últimos años, la Fiscalía General de la Nación ha invertido recursos y capital humano para implementar un esquema de investigación que abandona el paradigma tradicional de la indagación y la convierte en una actividad que toma la interdisciplinariedad y la informática como fuente de su labor, en lo que se entiende como priorización de casos. Para terminar, el autor muestra que el nuevo modelo de investigación entiende el delito y sus consecuencias como un problema social y no solo jurídico, para lo cual abandona el estudio del delito caso a caso y parte de un contexto que dé significado e identificación a los comportamientos de las organizaciones dedicadas al crimen.

